# DIE PHILOSOPHIE
# IM PRIVATRECHT

VON

DR. PAUL SOKOLOWSKI
ORD. PROFESSOR DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT IN MOSKAU

I

SACHBEGRIFF UND KÖRPER IN DER KLASSISCHEN JURISPRUDENZ UND DER MODERNEN GESETZGEBUNG

HALLE A. S.
MAX NIEMEYER
1902

# SACHBEGRIFF UND KÖRPER

IN DER

KLASSISCHEN JURISPRUDENZ

UND DER MODERNEN GESETZGEBUNG

VON

DR. PAUL SOKOLOWSKI

ORD. PROFESSOR DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT IN MOSKAU

HALLE A. S.

MAX NIEMEYER

1902

HERRN PROFESSOR

# THEODOR MOMMSEN

HOCHACHTUNGSVOLL GEWIDMET

**VOM VERFASSER**

# Vorwort.

Als Ergebnis philosophischer und juristischer Studien tritt die vorliegende Arbeit vielleicht in einen gewissen Gegensatz zu manchen Bestrebungen unserer Zeit. Sie soll indessen keine sog. Tendenz verfolgen, keine „neue Richtung“ in die rechtshistorische und legislative Gedankenwelt tragen. Wie die Dinge sich mir trotz wiederholter Bearbeitung gestalteten, so stelle ich sie dar. Der Einfluſs des griechischen Geistes auf die Entwickelung des römischen Rechtslebens ist in neuester Zeit oft betont worden und die wachsenden Erfolge der sog. Papyrusforschungen werden darüber noch viel neues Licht verbreiten. Jedenfalls aber handelt es sich hier nicht um eine Verdunkelung der „res Romana“ durch das „otium Graecum“. In einer Zeit nationaler Verwirrungen und Beschränktheit bietet gerade die Einheit des antiken Geistes auf allen Gebieten ein tröstliches und harmonisches Bild.

Das eigenartig durchdachte und durchlebte Recht der römischen Republik fand eine umfassende Bearbeitung in der klassischen Schule. Nicht nur als praktische Fachleute, als universelle Denker treten ihre groſsen Lehrer vor uns und in der Befruchtung des in einem eminenten Staatswesen entwickelten Rechtsstoffes durch das gesamte Geistesleben einer wichtigen Kulturepoche liegt die Garantie für den Bestand römischer Rechtsideen. Dabei wird es vielleicht befremden,

dafs in unserer Darstellung einer der berühmtesten Klassiker, Papinian, zurücktritt. Die Gründe hierfür liegen vor allem darin, dafs Papinian, wie bereits früher nachgewiesen wurde*), auf dem Gebiete des Sachenrechts keine hervorragende Rolle zufiel und gerade Fragen des Sachenrechts sind es, die uns hier beschäftigen.

Die Ideen, deren kulturgeschichtliche Bedeutung wir behandeln, erstrecken ihre Wirkung auf das heutige Rechtsleben nicht in gleicher Weise, daraus erklärt sich in unserer Arbeit eine gewisse äufsere Ungleichmäfsigkeit der Behandlung moderner Rechtsfragen. Einige sind ausführlich besprochen, andere nur leicht gestreift, weil hier neue Prinzipien die antiken Ideen beseitigten oder verdunkelten.

Lange habe ich mit der Veröffentlichung dieser Untersuchung gezögert; all' zu sehr schien sie mir dem „credo" der modernen Rechtswissenschaft mit ihren eigenen Begriffskonstruktionen und wirtschaftlichen Liebhabereien zu widersprechen. Meine letzten Bedenken beseitigte Alfred Pernice; seiner Überredung bin ich schliefslich gewichen. Deshalb soll dieses Vorwort zugleich ein Nachruf wärmster Freundschaft dem Andenken dieses männlich abgeschlossenen Vertreters wahrhafter tendenzloser Wissenschaftlichkeit sein. Was wir an philosophischen Fragen berühren, ist bereits fast ausnahmslos früher klargestellt und gewissermafsen Gemeingut geworden. Beim Citieren philosophischer Quellen konnten wir uns daher auf's äufserste beschränken. Für den Philosophen liegt die Bedeutung dieser Arbeit nicht sowohl in der Bildung und Bestimmung von Kategorien, als in ihrer unmittelbaren Anwendung auf wichtige Fragen des praktischen

*) Emilio Costa: Papiniano, Studio di storia interna del diritto romano, Bologna, 1894 – 1899.

Rechtslebens. Nicht das Gebiet der Philosophie an sich, wohl aber die Kenntnis von ihrer Geltung erfährt damit eine wichtige Erweiterung. Daher rechne ich in erster Linie auf das Interesse philosophischer Spezialisten, die Teilnahme der Juristen wird mir wohl nur ausnahmsweise oder doch erst in späteren Zeiten zufallen, wenn wieder einmal jenes Mifstrauen gegen die Macht der Ideenwelt, welches unsere Tage als vorübergehende Erscheinung kennzeichnet, überwunden sein wird.

Zum Schlufs sage ich meinem Verleger, Herrn Dr. phil. Max Niemeyer in Halle a. d. Saale, den innigsten Dank für seine gütige und verständnifsvolle Mitwirkung bei Herausgabe dieser Arbeit. Es ist ein Glück für die Wissenschaft, wenn die praktische Verbreitung ihrer Ergebnisse in so treffliche Hände gelegt werden kann.

Moskau, im Juni 1902.

**Der Verfasser.**

# Inhaltsübersicht.

## Drittes Kapitel.

## Die Lehre von der Identität der Körper.

Viertes Kapitel.

**Der Sachbegriff und die Bestandteile der Sache.**

## Fünftes Kapitel.

### Die Teilbarkeit der Sachbegriffe und Körper.

## Sechstes Kapitel.

### Der Zuwachs der Körper und der Sachbegriffe.

# Einleitung.

---

Wer in unseren Tagen eine rechtshistorische oder rechtsphilosophische Arbeit in deutscher Sprache veröffentlicht, bedarf, zumal wenn er Ausländer ist, für diesen ganz unpraktischen Schritt einer Erklärung, fast möchten wir sagen einer Entschuldigung. Einst war es anders. Das stolze Wort: „Germania docet“ hatte in den Zeiten der „tiefsten Erniedrigung“ in allen Landen einen schönen Klang. Als die politische Macht der Deutschen nicht viel galt und das sog. Reich eine Fülle schwächlicher Gemeinwesen mit kümmerlichen, kleinbürgerlichen Interessen darstellte, brach sich der Genius des Volkes dennoch kraftvoll breite Bahnen und erwarb sich in der weiten Welt ungeteilte Achtung und vielfach warme Dankbarkeit.

Keine Idee, kein wissenschaftlicher Gedanke bewegte die gesittete Menschheit, welcher nicht gerade unter den deutschen Gelehrten gewissenhafte Prüfung und treueste Bearbeitung fand. Noch in der jüngsten Vergangenheit haben wir alle die Vorteile jener erhabenen Weitherzigkeit genossen, mit welcher man nach deutschem Herkommen die ganze Welt an den eigenen Errungenschaften teilnehmen liefs.

Die wissenschaftliche Arbeit war es vor allem, welche in schwerer, ernster Zeit unter den übrigen Nationen den Glauben an die Lebenskraft des deutschen Volkes aufrecht erhielt und

sich selbst dort unbegrenzte Verehrung errang, wo das politische Wachstum der deutschen Staaten mit unverhohlenem Mifstrauen beobachtet wurde.

Unter diesem Zeichen hat ganz besonders die Rechtswissenschaft gestanden; zumal die Civilistik des verflossenen Jahrhunderts ist von den deutschen Universitäten beherrscht und geleitet worden. Um die Lehrstühle ihrer Geistesgröfsen versammelten sich die Söhne aller gesitteten Völker, eine Fülle von Gedanken, ein Reichtum des Wissens verbreitete sich von dort aus befruchtend und nährend über das Kulturleben Europas, ja der Welt. Um Deutsche wie Russen, Italiener wie Franzosen und Amerikaner schlang die gemeinsame Schule ein festes, unvergängliches Band.

Ist dem noch jetzt so? Hat das deutsche Volk zu dem früheren geistigen Wohlstand neue Schätze politischer Macht und kriegerischen Glanzes gesammelt oder sind durch die jüngst erworbene Stellung diejenigen Kräfte aufgezehrt worden, welche dazu berufen waren, den alten Ruhm des Volkes zu stützen. Vielfach hat es den Anschein, als werde man in Deutschland selbst den Lichtseiten dieser Vergangenheit nicht gerecht, als bedauere man es sogar, unter angeblicher Vernachlässigung des eigenen Vorteils für die gesamte Menschheit gearbeitet zu haben. Gerade die nationalistisch gesinnten Vertreter der deutschen Kultur bemühen sich, die Welt davon zu überzeugen, dafs ein Volk nur für sich zu leben habe, keine allgemein-menschlichen Interessen aufser den eigenen verfolgen dürfe und dafs ein „gesunder“ nationaler Egoismus den Gipfel menschlicher Weisheit und politischer Sittlichkeit bilde. Hie und da macht sich schon die Meinung geltend, dafs der Ausländer vor allem als lästiger oder gefährlicher Konkurrent zu betrachten sei, den man jedenfalls nicht

dadurch fördern dürfe, dafs man ihm den Zutritt zu den deutschen Bildungsstätten erleichtert. Nur im heutigen Deutschland, sonst nirgends in der Welt zuckt man mitleidig lächelnd die Achseln über eine Zeit, welche der Nation den unsterblichen Ruhmestitel des Volkes der Dichter und Denker eintrug.

Auch in der Rechtswissenschaft hat sich manches geändert. Dem römischen Weltrecht ist seine praktische Geltung entzogen. Das Gesetzbuch des dominus mundi, welches in Händen von Weisen und Thoren Gesittung und Segen, Bedrückung und Ungemach über die Geschlechter vieler Jahrhunderte brachte, ist ein alter vergilbter Schmöker geworden. Zu dieser Thatsache beeilt sich der moderne Jurist Stellung zu nehmen. Der Schriftsteller von heute wirbt um das Vertrauen eines hochgeehrten Publikums, indem er von vornherein erklärt, nur national, praktisch, sozial und wirtschaftlich sein zu wollen. Ihn beschäftigt überhaupt nicht die wissenschaftliche Ausbeute, welche eine bestimmte Frage bieten könnte, sondern nur darum handelt es sich, wie oft oder wie selten das zu bearbeitende Rechtsproblem ins Leben eingreift oder wie grofs die Vermögensinteressen seien, die es berührt. Dank diesem analytischen Verfahren ist der moderne Forscher es nicht mehr gewohnt, die Grundlagen rechtlicher Lehren und Kategorieen in den tieferliegenden Erkenntnisquellen des Wesens aller Dinge zu suchen. Von der heutigen Civilistik werden philosophische Mittel zur Klärung einer Frage stets misstrauisch angesehen, nicht selten mit starkem Selbstgefühl verworfen. Hätten doch, wie vielfach behauptet wird, auch die römischen Juristen niemals planmäfsig konstruiert, vielmehr stets ohne jede Abstraktion, gewissermafsen instinktiv das Rechte und praktisch Annehmbare gefunden. Wie die Biene ihre Zellen nach den genauesten Regeln der Mechanik

baut, natürlich ohne die Gesetze dieser Wissenschaft zu kennen, so hätten auch die antiken Rechtsbildner, ohne sich in ihrer Thätigkeit bestimmten Principien unterzuordnen, mit sicherer Intuition überall das Richtige getroffen. Man machte die eigene Unwissenschaftlichkeit zum allgemeinen Grundsatz. Die juristische Analyse sollte in den Vordergrund treten, der einzelne praktische Rechtsfall geprüft und erwogen werden; an ihm allein sei der Scharfsinn zu üben. Darin habe angeblich gleichfalls die Thätigkeit der römischen Rechtslehrer bestanden, wie ihre „quaestiones“ und „responsa“ beweisen.

Zur Ehre unserer Zeit sei es gesagt, dafs dieses Verfahren doch zuletzt nicht allgemein befriedigte. Seine Mängel traten bald genug zu Tage. Die weiteren Gesichtspunkte drohten gänzlich zu verschwinden und auf diese sog. praktische Richtung schien das harte Urteil Schopenhauers[1] über die experimentelle Naturforschung zu passen: „Die Quelle des Übels ist, dafs durch die viele Handarbeit des Experimentierens die Kopfarbeit des Denkens aus der Übung gekommen sei. Die Tiegel und Voltaschen Säulen sollten dessen Funktionen übernehmen: daher auch die profunde Abscheu gegen alle Philosophie.“

Lange Zeit hindurch hat die historische Schule mit ihrem breit angelegten Programm den strebenden Geistern bestimmte Wege gewiesen und positive Grundlagen geboten. Indessen, je mehr man sich von ihr entfernte, desto schwankender wurde wieder der Boden. Diese Emanzipation von der geschichtlichen Richtung ist deshalb zu bedauern, weil sie vielleicht doch etwas vorzeitig eintrat, jedenfalls früher, als wir die Gesamtheit des historischen Materials klar durchforscht und erkannt hatten. Zum Teil trug hieran das allgemeine Interesse Schuld, welches sich neuerdings kodifikatorischen

Arbeiten zuwandte. Man schuf in Deutschland selbst Recht und seitdem galt es für wertlos, sich mit der Erforschung älterer Kulturschätze zu befassen.[2]

Aber auch trotz dieser beginnenden Emanzipation von der historischen Schule hat es nie ganz an Bestrebungen gefehlt, allgemeine wissenschaftliche Grundlagen für das Privatrecht zu gewinnen. Schon während des Kampfes um das bürgerliche Gesetzbuch waren die Blicke der Ringenden oftmals hoffnungsvoll gerichtet auf eine bessere Zeit. Sei der Entwurf nur erst Gesetz geworden, dann werde der aufgeregte deutsche Genius wieder zurückkehren zu dem, was von jeher seine stolze Kraft und seinen Ruhm ausmachte, zur wahrheitliebenden, selbstlosen und unparteilichen Forschung auf allen Gebieten menschlicher Erkenntnis. Da sollte, wie manche hofften, die Soziologie, dann die Nationalökonomie der blind tastenden Jurisprudenz als Leitstern dienen. Das Privatrecht habe vor allem einer gerechteren Güterverteilung zu dienen. Deshalb müsse der Civilist zunächst beim Volkswirt in die Schule gehen und sich dessen Lehren unterordnen. Idealer veranlagte Geister haben sich weiterreichende Ziele gesteckt. Das Privatrecht sei ein wichtiger Faktor in der menschlichen Kulturentwickelung. Es habe sich durchaus nicht nur auf ökonomische Fragen zu beschränken. Der Mensch lebe nicht von Brot allein. Nicht nur eine gerechtere Lösung wirtschaftlicher Probleme sei durch das bürgerliche Recht zu fördern, nein, durch eine weise und zugleich gute Gesetzgebungs- oder Civilpolitik könne das Menschengeschlecht in der Gesamtheit seiner Bestrebungen veredelt und zu einem altruistischen Sinne erzogen werden.

Wir lassen es einstweilen dahingestellt, wie viel Aussicht uns durch diese Ideen geboten wird, eine geeignete Theorie

für den Aufbau guter Rechtssätze zu gewinnen. So lange aber noch die Ansicht besteht, daſs das römische Privatrecht die in ihrer Art gröſste und gelungenste Leistung sei, wird es besonders in einer Zeit des Suchens nach neuen Methoden eine lohnende Aufgabe bleiben, mehr Licht über die Arbeits- und Denkweise der römischen Rechtsbildner und Rechtsforscher zu verbreiten.

Trotz mancherlei Wandlungen im Urteil über den Wert des römischen Rechts ist solchen Untersuchungen die gegenwärtige Lage der Dinge in Deutschland günstiger als ehedem. Es vermögen jetzt aus den Fragmenten der klassischen Juristen neue lebendige Kräfte zu erstehen, die man früher nicht entfesseln konnte. Was muſste unter der Herrschaft des sog. gemeinen Rechts dieses einheitlichste Denkmal der antiken Kultur nicht alles über sich ergehen lassen? Welchen Miſsdeutungen und Verstümmelungen war es ausgesetzt? Nicht seinen Geist, seinen wahren Inhalt suchte man, sondern im Interesse einer koulanten Praxis, einer konsequenten Rechtsprechung wurde vieles in die Quelle hineingetragen, was die flüchtige Stunde an Fragen und Forderungen gebar. Sophistische Buchstabeninterpretationen muſsten dazu herhalten, um offene Widersprüche zu begleichen, welche der Jahrhunderte dauernde Werdegang einer reichen und lebendigen Rechtsentwickelung in Praxis und Wissenschaft hinterlassen hatte. Man stützte sich auf Worte, wo die Gedanken oftmals ganz andere Bahnen wiesen. Wenn wir uns heute den Lehren der klassischen Rechtswissenschaft zuwenden, sind wir nicht mehr beengt durch die Ansprüche der täglichen Praxis, wir können sie durchforschen wie ein ewiges Wahrzeichen höchster menschlicher Einsicht und Gesittung.

Hierbei kann indessen nicht genug davor gewarnt werden, an die umfassende und langwierige Kulturarbeit der römischen

Rechtsforschung den oft sehr ephemeren und unsicheren Mafsstab unseres modernen Denkens zu legen.

Zunächst ist mit gröfster Entschiedenheit die jetzt recht verbreitete Annahme zurückzuweisen, als hätten die klassischen Juristen mit unseren heutigen volkswirtschaftlichen Begriffen operiert.[3] Ziele und Mittel ihres Wirtschaftslebens unterschieden sich wesentlich von den unsrigen. Die Alten waren nicht in dem Sinne sozial, wie wir es heute sein wollen. Die freie Arbeit, der vitalste und treibendste Faktor unserer Nationalökonomie, war als selbständiges Element kaum zur Entwickelung gelangt. Ohne Zweifel mufsten hierdurch auch diejenigen modern-wirtschaftlichen Begriffe, welche bei den klassischen Juristen bereits feste Gestalt gewonnen hatten, ein anderes Gepräge erhalten. Gerade die neueren, nationalökonomisch beeinflufsten Forschungen auf dem Gebiete römischer Rechtsentwickelung haben wesentlich dazu beigetragen, diese Überzeugung in uns zu befestigen.[4]

Auch nach den Spuren einer bewufst entwickelten Soziologie oder sozial beeinflufsten Civilpolitik werden wir in den Quellen vergebens suchen.

Die römischen Rechtslehrer sind die Söhne eines durch und durch philosophischen Zeitalters. Ganz im Gegensatz zu unserem Jahrhundert herrschte unter ihnen überall die Synthese. Die Weltanschauungen waren logisch aufgebaut und einheitlich abgeschlossen. In einem weit höheren Grade, als wir es uns jetzt zu denken vermögen, standen die Kinder jener Epoche unter der Herrschaft fester Systeme.

Man kannte keine analytisch und experimentell arbeitende Naturwissenschaft oder Naturgeschichte; an ihrer Stelle stand eine festgefügte Naturphilosophie. Die Religion mit ihren tiefgreifenden sittlichen Einflüssen wurde wenigsten in gelehrten

und gebildeten Kreisen durch folgerecht entwickelte ethische Grundregeln ersetzt. Der Bildungsstolz war gewaltig und unermeſslich, ja es wurde den Seelen der Weisen eine höhere Beschaffenheit, eine sicherere Dauer zugeschrieben, als denjenigen gewöhnlicher Sterblicher.[5] Staat und Gesellschaft konstruierte man synthetisch und es gab keine Erscheinung des Lebens, die in der festgefügten Kategorieenordnung nicht ihren bestimmten Platz eingenommen hätte.

An sich wäre es schon undenkbar, daſs die Rechtswissenschaft ganz auſserhalb dieser Einflüsse gestanden haben sollte. Und in der That läſst sich eine weitgehende Einwirkung philosophischer Strömungen auf die klassischen Juristen nachweisen.

Die dahin gerichteten Untersuchungen haben für uns eine zweifache Bedeutung. Sie zeigen uns einmal, in welcher Weise die genialen römischen Rechtsbildner sich auf die ihrer Zeit eigentümlichen Weltanschauung stützten, aus ihr heraus arbeiteten, sodann aber gewinnen wir eine klarere, tiefere Einsicht in die Entstehung und Entwickelung einzelner, noch heute wirksamer Rechtsinstitute.

Für diesen ersten Teil unserer Forschungen ist die antike Begriffs- und Naturphilosophie von besonderer Bedeutung. Die Grundlagen der unmittelbar vor und nach Christo herrschenden Lehren sind wesentlich durch die peripatetische und stoische Schule geschaffen worden. Wir dürfen indessen nicht annehmen, daſs sich die Anhänger beider Richtungen zu allen Zeiten streng voneinander geschieden hätten. Sowohl die zünftigen philosophischen Lehrer als auch ihre Adepten aus anderen Berufskreisen verfuhren nicht selten eklektisch und lieſsen sich bald von peripatetischen, bald von stoischen Prinzipien beeinflussen. Dazu gesellte sich noch eine nicht unbe-

deutende Einwirkung der neueren Akademie, deren Lehren schon zu Ciceros Zeit in römischen Kreisen Aufnahme gefunden hatten. Unter all diesen Systemen ist ein stetig wachsendes Übergewicht des Stoizismus ganz unverkennbar, denn stoisch beeinflufst sind bereits viele Erläuterer der Schriften des Aristoteles, ganz besonders die Peripatetiker des letzten Jahrhunderts vor Christo; der gleiche Geist beherrscht auch schon die geistreichen Kompilationen Ciceros. Und ungeachtet jener „stolzen Herrschaftsperiode des Stoizismus“ läfst sich dann in der späteren Kaiserzeit wieder ein Aufblühen der peripatetischen Philosophie wahrnehmen. Marcus Aurelius wird dieser Strömung dadurch gerecht, dafs er trotz seiner überwiegend stoischen Richtung in Athen öffentliche Lehrstühle für die vier hervorragendsten philosophischen Schulen begründet. Die Systeme der Platoniker, Peripatetiker, Epikuräer und Stoiker werden hier mit gleicher Sorgfalt bearbeitet und vorgetragen.

Die klassischen Juristen offenbarten in ihrem Verhältnis zu diesen Lehren im allgemeinen grofse Konsequenz. Soweit sich eine Beeinflussung durch philosophische Theorieen nachweisen läfst, ist in der Regel ein ganz bestimmtes System mafsgebend. Der Zeitströmung entsprechend läfst sich auch hier ein allmählicher Übergang von peripatetischen zu stoischen Anschauungen nicht verkennen, auf die ersten Vertreter der klassischen Rechtswissenschaft war aber der Einflufs des Aristoteles in der Begriffs- und Naturphilosophie jedenfalls ein ganz überwiegender. Man hat es früher nicht wahrhaben wollen, dafs die peripatetischen Schriften vor Christi Geburt zu Rom irgend welche Bedeutung besafsen. Diese Auffassung trifft indessen keineswegs zu. Für uns ist es von besonderem Interesse, die Stellung Labeos zu dieser Frage zu bestimmen;

bedeutet doch sein Name einen wichtigen Wendepunkt in der römischen Rechtsentwickelung im Sinne einer weiteren Auffassung des Rechtslebens als hervorragenden kulturellen Elements und einer umfassenden wissenschaftlichen Bearbeitung der Rechtsideen im Zusammenhang mit dem gesamten Geistesleben.[6]

Dafs die Lehren des Aristoteles bereits im letzten Jahrhundert vor Christo in Rom eingedrungen waren und einflufsreiche Kenner und Anhänger besafsen, wird jetzt schwerlich bezweifelt werden können. Der vielseitige Schriftsteller Varro z. B. war in seinen wissenschaftlichen Bestrebungen von peripatetischen Grundsätzen merklich beeinflufst.[7] Auch Cicero offenbart trotz seiner Vorliebe für stoische Sinnesart eine gewisse Bekanntschaft mit den Schriften des Aristoteles.[8] Wie wir aus seinen Äufserungen entnehmen, hat auch unter anderen der Jurist Trebatius Versuche gemacht, den peripatetischen Theorieen näher zu treten. Jedenfalls wäre es nicht undenkbar, dafs eine gewisse Anregung von seiten Ciceros stattgefunden hätte. Wenn Trebatius selbst bei seinem vorwiegend praktischen, zu strengem Philosophieren wenig geneigten Charakter auch keine weitgehenden Kenntnisse, kein selbständiges Urteil in diesen Fragen erwarb, so ersehen wir dennoch, dafs er und seine Umgebung von der aristotelischen Geistesrichtung gestreift wurden.[9]

Labeo war der Schüler des Trebatius und zwar ein Schüler, welcher seinen Meister in mehrfacher Hinsicht überragte, nicht an produktiver Geistesstärke, an Vielseitigkeit der Bildung allein, sondern auch an weitherziger Würdigung alles Neuen, Bahnbrechenden im Leben und in der Wissenschaft. Unter diesen Umständen konnte eine selbst noch so geringe und oberflächliche Anregung seitens des Lehrers bei der bekannten Vielseitig-

keit und Gründlichkeit Labeos immerhin zu umfassenden und erfolgreichen Studien der peripatetischen Doktrinen führen.

Die philosophische Bildung und Richtung Labeos ist in letzter Zeit gelegentlich überhaupt in Frage gestellt oder doch stark herabgesetzt worden. Den Grund einer solchen irrtümlichen Auffassung haben wir darin zu suchen, dafs man sich in den Resten seiner Schriften stets nur nach Spuren des Stoicismus umsah und überhaupt nicht an den Einflufs eines andern Systems dachte. Forschungen dieser Art konnten in der That zu keinen Ergebnissen führen, da Labeos Ansichten einen für den Eklektismus jener Zeit geradezu auffallenden Mangel stoischer Gesichtspunkte erkennen lassen.[10]

Andererseits wird die Vielseitigkeit Labeos, seine allgemeine Bildung von niemandem bezweifelt. Das bezeugen Gellius[11] und Pomponius[12] übereinstimmend. Es werden seine Kenntnisse auf dem Gebiete der Grammatik, Dialektik, Archäologie und Rhetorik hervorgehoben. Besonders galt die Grammatik als einer der wichtigsten Zweige philosophischen Wissens. Sie diente recht eigentlich dazu, die Sprache und den Ausdruck jener Zeit für die philosophische Abgrenzung der Begriffe zu schulen und vorzubereiten. Sie bildete als besondere „ars“ das unentbehrliche äufsere Mittel für ein konsequentes und daher erfolgreiches Philosophieren, sie ist nach peripatetischer Auffassung, wie die Logik, ein notwendiges *ὄργανον* der Philosophie.[13] Ohne Zweifel giebt daher Cicero die landläufige Auffassung wieder, indem er die Philosophie schlechthin auf eine Reihe vielleicht nicht streng wissenschaftlich geordneter Disziplinen erstreckt, zu denen in erster Linie die Grammatik gehöre:

De oratore I. 42. 187: „omnia fere quae sunt conclusa nunc artibus, dispersa et dissipata quondam fuerunt, ut .... in

grammaticis poetarum pertractatio, historiarum cognitio, verborum interpretatio, pronuntiandi quidam sonus."

Auf grammatischem Gebiet kennen wir den Aristoteles und seinen Anhang als bahnbrechende Autoritäten und dasselbe kann ohne weiteres auch vom Verhältnis der Dialektik oder formalen Logik zur Philosophie gesagt werden.

Die von Gellius aufgezählten vielseitigen Studien des Labeo erstrecken sich also auf Disciplinen, die ihre Entstehung und Pflege vorzugsweise der aristotelischen Schule verdanken.[14]

Wir beanspruchen für unsere obigen Bemerkungen keineswegs die Autorität einer wissenschaftlichen Beweisführung, erst später, an der Hand einer Reihe von Einzeldarstellungen soll gezeigt werden, dafs Labeo in der That ein überzeugter und konsequenter Peripatetiker gewesen ist. In diesem Zusammenhang kam es uns nur darauf an, seine Bekanntschaft mit den Lehren des Aristoteles auf Grund allgemeiner Erwägungen als denkbar hinzustellen.

Die peripatetische Doktrin hatte ihre Anhänger, wie es scheint, nur unter den unmittelbaren Nachfolgern oder Schülern Labeos. Proculus und Pegasus lassen noch deutlich Sympathien für die Metaphysik des Aristoteles erkennen. Ganz entschieden stoisch gesinnt waren dagegen die Vertreter der anderen Schule, besonders Cassius, nicht minder Sabinus Julian und Pomponius. Gajus bewährt sich auch in philosophischen Fragen als unparteiischer Referent vorhandener Lehrmeinungen. Er scheint keine selbständige Stellung zu irgend einem System eingenommen zu haben; peripatetische Ansichten werden neben stoischen je nach dem Charakter der gegebenen Frage nicht nur entwickelt, sondern auch vertreten. Aber immer bestimmter wird unter den späteren Juristen die stoische Färbung, bis sie bei Ulpian und vorzüglich bei Paulus ihren

Höhepunkt erreicht. Hie und da hat es fast den Anschein, als sei Paulus in erster Linie Philosoph und Stoiker und dann erst Jurist gewesen. Der Einfluſs des Systems auf ihn ist ein ganz gewaltiger. Kein Klassiker hat die Philosophie in dem Maſse ins Recht hineingetragen wie er, keiner so viele Fragen auf die Grundlagen der Philosophie gestellt und nach ihren Maximen entschieden. Deshalb sind uns seine Werke von besonderem Wert und bieten uns einen tiefgehenden Einblick in die antike Denkmethode.

Eine verhältnismäſsig geringe Rolle spielen in der Lehre von den Körpern die Schriften Papinians. Zum Teil mag das auf Zufall beruhen, zum Teil aber auch auf dem Umstande, daſs seine Wirksamkeit sich vorzugsweise auf die Entwickelung der Rechtsethik erstreckte. Seine Stellung zur Philosophie tritt daher stärker in der Behandlung anderer Fragen hervor.

Mit dem Erlöschen der klassischen Jurisprudenz konnte natürlich von einer Bearbeitung des Rechts auf philosophischer Grundlage nicht mehr die Rede sein, war doch jeder wissenschaftliche Geist überhaupt geschwunden. Aber auch der Einfluſs des bereits Geschaffenen muſste zurücktreten, je mehr die Lehren Christi und seiner Apostel an Verbreitung gewannen.

Mit der ganzen Unduldsamkeit und Herrschsucht einer durch lange Zeit bedrängten und durch Verfolgungen jeder Art gestählten Überzeugung trat das Christentum als Staatsreligion an die Spitze der gesamten Kulturentwickelung. Im festen Glauben an seine Unfehlbarkeit und Universalität bedrückten und verfolgten seine Anhänger alles, was mit ihren Grundregeln keine Fühlung hatte oder gar ihnen widersprach.

Waren die alten philosophischen Systeme wahrhafte Weltanschauungen gewesen, so liefs sich dasselbe auch vom Christentum in den frühesten Stadien seiner Entwickelung sagen. Es gab keinen Zweig menschlicher Erkenntnis, der nach Auffassung seiner ersten Jünger nicht entsprechend des Heilandes Gebot und Wort zu regeln war. Ein Vertreter jener unduldsamen Orthodoxie ist auch Justinian. Die philosophischen Lehren des Altertums sind ihm überflüssige, ja schädliche heidnische Thorheiten. Seine Abneigung gegen ihre Verbreitung kommt darin zum Ausdruck, dafs er die einst so blühende Philosophenschule zu Athen schliefst.[15] Wäre es da wohl verwunderlich, wenn dieser Standpunkt sich auch in seiner grofsen kodifikatorischen Arbeit geltend machte? Was waren ihm die auf den Lehren des Aristoteles oder der Stoa erbauten Systeme der klassischen Rechtslehrer? Eitles, vielleicht sogar sündhaftes Geschwätz, welches nur dazu dienen konnte, im Gericht und Publikum schädliche Ansichten zu verbreiten, und es läfst sich kaum annehmen, dafs die in Justinians Geist arbeitende Kommission hierüber anders dachte. Wer konnte unter diesen Umständen eine pietätvolle Wiedergabe jenes rein wissenschaftlichen Teils der klassischen Litteratur bezwecken, wünschenswert erschien vielmehr seine Ausscheidung und Vernichtung.

Aber es kommt dazu noch ein wichtiger Umstand, welcher ohne Zweifel grofsen Einflufs auf die Auswahl und Behandlung der Digestenfragmente hatte.

Nachdem das sog. Citiergesetz Theodosius' II. und Valentinians III. die praktische Bedeutung der auctoritas jurisprudentium geregelt hatte, wurden ganz naturgemäfs die gelehrten Schriften nur noch nach kasuistischen Entscheidungen durchsucht. Man verfuhr mit ihnen in derselben Weise, wie

sich besonders träge und zu selbständigen Deduktionen wenig geneigte Juristen in unseren Tagen der Entscheidungen des Kassationshofes bedienen. Alles Schwergewicht wird darauf gelegt, dafs zwischen den vorliegenden Thatumständen und dem früheren bereits entschiedenen Fall eine möglichst genaue Übereinstimmung hervortrete. Das Resultat ergiebt sich dann von selbst und verursacht kein weiteres Kopfzerbrechen. Je mehr solcher Dezisionen angeführt werden können, je besser sie sich mit dem Thatbestande der streitigen Sache decken, desto geeignetere Argumente bilden sie, und um die Motive des Juristen, ihren inneren Halt und Wert, pflegt man sich alsdann nicht weiter zu bekümmern.

Die Hauptstütze liegt heute in der äufseren Autorität des Kassationssenats, lag damals in der besonderen Achtung, welche die offiziell anerkannten Schriften genossen. Das Schicksal der klassischen Litteratur war fortan in die Hände der gerichtlichen Praxis gelegt, und letztere gab naturgemäfs den kasuistischen Elementen vor den systematischen den Vorzug. Man befand sich überdies in einer Periode des allgemeinen Niederganges, einer von jenen unglücklichen Epochen, wo nur die tägliche Notdurft und Nahrung befriedigt wird, wo keine Überschüsse von Kräften vorhanden sind, weitere einheitliche Ziele zu verfolgen oder auch nur dasjenige zu begreifen und zu erhalten, was eine glanzvolle Vergangenheit geschaffen hatte.

Auf diesen verkümmerten Überlieferungen bauten Justinians Kompilatoren weiter, auch ihnen schwebte der hergebrachte, ausschliefslich „praktische“ Zweck vor. Wenn aber gar der eine oder andere sich dazu hätte verleiten lassen, dem allgemeinen Gedankengang nachzuforschen, auf Grund dessen die klassische Jurisprudenz die Rechtsordnung ausge-

staltete und pflegte, so wäre solche Ketzerei und Vorliebe für heidnische Ideen sicherlich von der Kommission als überflüssig und schädlich verbannt worden. Ja es ist sogar nicht undenkbar, dafs die Zusammenstellung des Digestenwerkes Justinian eine willkommene Gelegenheit bot, die Schriften der grofsen Juristen in ihrer ursprünglichen Vollständigkeit nach Kräften zu beseitigen — „ut nemo ex comparatione veteris voluminis quasi vitiosam scripturam arguere audeat“.[16]

So wurde überdies noch der Rechtgläubigkeit Vorschub geleistet, indem man allgemein zugängliche Fundgruben antiker Lebenserkenntnis der Vergessenheit übergab oder verschüttete. Das „jus gentium“ sollte nach Möglichkeit zu einem christlichen Recht umgestaltet werden.

Wir wissen von diesen grofsen Denkmälern einer bewunderungswürdigen Kultur gerade so viel, als die ganz ausschliefslich praktischen Zwecken dienende und sicher nicht tendenzfreie Kompilation Justianians uns überliefert hat. Und weil hier das kasuistische Material, die Entscheidung einer möglichst bedeutenden Anzahl von Rechtsfällen vorherrscht, bilden wir uns jetzt ein, gerade darin ein wahres und alles umfassendes Bild von der Wirksamkeit der klassischen Juristen zu besitzen. So konnte es geschehen, dafs selbst die historische Schule, die doch so viel für die Vervollständigung und allseitige Bearbeitung der römischen Rechtsquellen gethan hat, die Auffassung vom ausschliefslich praktischen Sinn und der kasuistischen Denkmethode der antiken Rechtslehrer stützte und verbreitete.

---

Aber trotz dieser scheinbar geringfügigen Anhaltspunkte im Corpus juris hat es doch nicht an Schriftstellern gefehlt, welchen die Spuren philosophischer Spekulation in den Pan-

dektenfragmenten keineswegs entgingen und die es versuchten, hieraus verallgemeinernde Schlüsse über die Thätigkeit der klassischen Rechtslehrer zu ziehen.

Das zur Zeit der Renaissance wiedererwachte Interesse an der griechischen Philosophie konnte nicht ohne allen Einfluſs auf die gebildeten Juristenkreise bleiben. Man begann die antike Kultur als etwas Einheitliches zu betrachten und forschte nach Berührungspunkten zwischen ihren verschiedenen Zweigen. Besondere Aufmerksamkeit wandte man der Stoa zu. Es bestand die weit verbreitete Voraussetzung, daſs eigentlich nur ihr System nennenswerte Bedeutung für das römische Leben gehabt habe und daſs natürlich auch die klassischen Rechtslehrer keine Ausnahme von jener allgemeinen Regel bilden konnten. Schon Cujacius[17] hat in dieser Richtung gewisse Vermutungen ausgesprochen.

Viel ausführlicher ist dieselbe Frage von Merillius[18] behandelt worden. Er macht bereits den Versuch, den Einfluſs philosophischer Maximen auf die römischen Juristen an der Hand von einzelnen Rechtsinstituten praktisch zu beweisen. Leider offenbart Merillius eine nur sehr oberflächliche Bekanntschaft mit den einschlägigen philosophischen Systemen. Was er darüber zu berichten weiſs, ist so unbestimmt und unsicher gefaſst, daſs es kaum als ausreichend erscheint, um überzeugende Vergleiche zu ermöglichen. Auch bei ihm ist nur vom Stoicismus die Rede. Labeo und sämtliche Vertreter der prokulianischen Schule seien Stoiker gewesen. Von Labeo werde das gleiche „subtile acumen“ bezeugt, wie vom berühmten Stoiker Chrysippus. Prokulianer wie Stoiker hätten als strenge Wortinterpreten gegolten, während die Sabinianer, was schon Julian beweise, eine ähnliche „subtilitas juris“ niemals beobachteten.[19] Man wird zugeben müssen, daſs so allge-

mein formulierte Ansichten nur als vorläufige Bemerkungen in der Erwartung einer sehr eingehenden speziellen Beweisführung zulässig sind. Gerade das Umgekehrte ist, wie wir schon früher hervorhoben, richtig. Soweit man überhaupt von einer ausgeprägten philosophischen Tendenz in den beiden klassischen Juristenschulen reden kann, läfst sich bei den Sabinianern stoischer Einflufs erkennen, während Labeos Nachfolger in einer Reihe von Einzelfragen zweifellos peripatetische Sympathieen bekunden. Stellenweise ist die Auffassung des Merillius von den philosophischen Lehren nicht nur verschwommen, sondern geradezu falsch. Die Prokulianer, behauptet er, hätten z. B. in der Spezifikationstheorie einen stoischen Standpunkt vertreten, weil sie mit der Stoa alles Gewicht auf die Form legten.[20] Wir werden in einem anderen Zusammenhang das Irrtümliche dieser Ansicht ausführlich nachweisen. Beachtenswerter, wenngleich auch sehr allgemein gefafst, sind die Bemerkungen des Merillius über den Einflufs der Philosophie auf das Personenrecht, die juristischen Anschauungen von den Grenzen der Mündigkeit, dem Wesen der Zeugungsfähigkeit u. s. w.[21]

Auch Everardus Otto[22] hat sich in einem Vortrage fast ausschliefslich mit dem Stoicismus beschäftigt. Seine Darstellung trägt ebenfalls einen summarischen, phrasenhaften Charakter. Er versucht es, in grofsen Zügen ein Bild vom Eindringen der griechischen Philosophie in das römische Leben zu entwerfen. Nur die Stoa habe hierbei volle Sympathie und Unterstützung gefunden, sämtliche anderen Lehren seien, soweit sie überhaupt Fufs fafsten, späterhin verfolgt und verdrängt worden; ganz besonders hätten die Epikuräer und Pythagoräer zu leiden gehabt. Übrigens macht Otto die richtige Bemerkung, dafs der Stoicismus ein entschiedenes Übergewicht

in den sozialen und ethischen Fragen behauptete, während in der Naturphilosophie auch andere Anschauungen Aufnahme fanden. Freilich, welche Systeme hiermit gemeint sind, erfahren wir nicht.

Einen entschiedenen Fortschritt bedeutet die Arbeit Christ. Friedr. Georg Meisters.[23] Seine Methode ist insofern exakt und angemessen, als er Einzelfragen zum Gegenstand seiner Erörterung macht und festzustellen bemüht ist, inwiefern die philosophischen Lehren auf die Ausbildung bestimmter Rechtsinstitute einwirkten. Aber auch er hat ganz ausschliefslich aus stoischen Quellen geschöpft und das ist der Grund, weshalb seine Untersuchung über das Wesen der körperlichen Sachen zu keinem befriedigenden Ergebnis führen konnte. Gerade auf diesem Gebiet ist der Einflufs des Aristoteles besonders stark gewesen und darf deshalb unter keinen Umständen übersehen werden. Daraus ergeben sich in Meisters Beweisführung Lücken, die Deduktion wird sprunghaft und ungleichmäfsig. Trotzdem ist seine unbefangene und durch reichliches Quellenmaterial gestützte Darstellung nicht ohne Einflufs auf spätere Schriftsteller geblieben. Die Arbeit Göpperts z. B. hat ohne Zweifel von ihm manchen Hinweis und wertvolle Anregung erhalten.

In der älteren Litteratur findet man kurze und spezielle Bemerkungen noch bei Gravina[24], Heineccius[25], Eckhard[26] und Veder.[27]

All' diese Andeutungen, Vermutungen und Behauptungen haben natürlich bei den neueren Schriftstellern einen gewissen Widerhall gefunden. Dieselben Richtungen, welche sich bereits früher geltend machten, treten ganz analog in den modernen Arbeiten hervor. Zum Teil erging man sich auch hier in allgemeinen Betrachtungen über die Möglichkeit philo-

sophischer Einflüsse auf die klassischen Rechtslehrer, ohne eine prompte, auf sicheres Material gestützte Beweisführung zu versuchen. Zum Teil wählte man bestimmte Einzelfragen als Gegenstand gründlicher Prüfung und es läfst sich nicht leugnen, dafs dieser exaktere Weg zu einigen Ergebnissen geführt hat.

Zu den Arbeiten der ersten Art gehört ohne Zweifel der Aufsatz Laferrières.[28] Nirgends kommt er über allgemeine Phrasen und Vermutungen hinaus. Mit der Philosophie hat seine Arbeit eigentlich sehr wenig zu thun und wo metaphysische Lehren angeführt werden, geschieht es in unbestimmter, sehr oberflächlicher Weise. Um seiner Darstellung einen möglichst populären Charakter zu verleihen, hat Laferrière vorzugsweise Fragen sittlicher und sozialer Natur herangezogen und sich damit begnügt, im juristischen Material auf gewisse psychologische oder ethische Anklänge hinzuweisen. Es wird z. B. die Behauptung aufgestellt, die Milderung der väterlichen Gewalt im römischen Recht sei auf philosophisch-stoische Strömungen zurückzuführen, sogar das „peculium“ soll seine Entstehung ähnlichen Einflüssen verdanken. Für das Eherecht hingegen habe der Stoicismus keine Bedeutung gehabt: „parceque la philosophie stoicienne s'ocupait plus de l'homme et de la société que de la famille“.[29] Übrigens, heifst es weiter, sei die stoische Jurisprudenz gegen die Mifsbräuche der Scheidung ebenso machtlos gewesen wie gegen die Sklaverei, wenngleich sie den herrschenden Zustand verwarf. Philosophische Einwirkung lasse sich auch in der Eigentums- und Besitzlehre erkennen, besonders im corpus und animus possessionis: „c'est l'alliance des deux éléments spirituel et matériel qui constituent la nature de l'homme“.[30]

Es leuchtet ein, dafs auf solchem Wege Ergebnisse von wissenschaftlicher Bestimmtheit nicht zu gewinnen sind. Der Erfolg dieser temperamentvoll geschriebenen Arbeit mag in der Anregung gefunden werden, welche sie tiefer gehenden Forschungen bietet; aufserdem ist sie durchaus dazu geeignet, weiteren Kreisen eine gewisse Vorstellung von der Vielseitigkeit der Rechtsentwickelung zu geben.

Zu den speziellen Untersuchungen über philosophische Einflüsse im Privatrecht gehören die Arbeiten von Voigt[31], Göppert[32], Pernice[33] und Perozzi.[34]

Voigt hat sein Augenmerk ausschliefslich auf die ethische Bedeutung der philosophischen Systeme gerichtet. Wir erhalten von ihm ein übersichtliches Bild der verschiedenen griechischen Schulen und ihrer Stellung zum jus naturale. Daran schliefsen sich umfassende, wertvolle Nachweise über den Einflufs jener Lehren auf die Entstehung des Rechts und der Rechtsbegriffe.

Wir erwähnen hier nur in aller Kürze die viel gelesene Schrift Göpperts und den mit grofsem Scharfsinn und bewährtem historischem Takt verfafsten Aufsatz von Pernice. Auf diese beiden Arbeiten werden wir im späteren Zusammenhang noch mehrmals zurückkommen. Trotz mancher Einwände, die sie von unserer Seite hervorrufen, sind sie ihrer Methode und Richtung nach durchaus in dem Sinne geschrieben, welchen auch wir bei unserer Untersuchung festzuhalten bestrebt sind.

Schliefslich mufs noch auf Perozzis interessante „Materia e species“ hingewiesen werden. Er spricht hier die Meinung aus, dafs es sich in der Lehre vom Stoff, wie sie von den römischen Juristen dargestellt wurde, ohne Zweifel um philosophische Kategorieen handelte, jedoch seien die Grundlagen

der letzteren nicht von den klassischen Rechtslehrern selbst festgestellt, sondern von anderswoher entlehnt worden: „la spiegazione non fu probabilmente trovata da giurista, ma che questi fecero propria una regione trovata e formulata da dei filosofi“.[35] Was hier für eine Philosophie in Frage kam, versucht uns Perozzi nicht zu erklären. Er beschränkt sich bei seinen Forschungen auf das Zeugnis der Justinianischen Quellen, die freilich, ohne weitere Hilfsmittel zu ihrem Verständnis, kein bestimmtes Resultat ergeben können. Bei seinen Erörterungen über das Wesen der Materie stützt sich der Verfasser hauptsächlich auf L 78. § 4. Dig. de leg. II und sucht das angebliche Übergewicht der Materie über die Spezies in ihrer Formbarkeit. Indessen das citierte Fragment ist nichts als eine Popularisierung stoischer Anschauungen und, wie wir später sehen werden, nur ein bescheidenes Glied in einer langen Kette überzeugender Belege für den Einfluſs des hellenischen Ingeniums auf das römische Geistes- und Rechtsleben.[36]

Wenn namentlich die älteren Schriftsteller über unsere Frage keine hinreichenden Resultate erzielten, so hatte das zum Teil seinen Grund darin, daſs ihnen zu jener Zeit noch nicht die erforderlichen Mittel zu Gebote standen, um sich auf einem ihnen fremden Gebiet zu orientieren. Dank dem gewaltigen, imposanten Werke Zellers[37] sind wir jetzt in einer besseren Lage. Die unmittelbare Bekanntschaft mit dem Ideenkreise der Alten und ihren Schriften ist uns um ein Bedeutendes näher gerückt. Wozu es früher der allerkompliziertesten selbständigen Studien bedurfte, das wird uns in seinen Hauptzügen klar und übersichtlich vorgeführt, so daſs wir uns ohne groſsen Zeitverlust dem Detail zuwenden können. Was Zeller so glänzend begonnen, ist von zahlreichen Schülern und Nach-

folgern fortgesetzt worden; für unsere Zwecke waren von besonderer Bedeutung die treffliche Arbeit Bäumkers[38], die Untersuchungen Steins[39], Siebecks[40] und anderer.

Schliefslich nehmen wir hiermit die Gelegenheit wahr, Herrn Professor Diels und Herrn Dr. Wendland-Charlottenburg den herzlichsten Dank für viele wertvolle Ratschläge und Hinweise auszusprechen.

Wir legen in unserer Arbeit kein grofses Gewicht auf jene Spuren der Philosophie im Privatrecht, die in der Gestalt von allgemeinen Sentenzen selbst bei der Halbbildung hervortreten und das wirkliche Leben nicht selten als müfsiges Anhängsel geleiten. Der Einflufs und die Macht universeller Gedanken läfst sich weit überzeugender dort wahrnehmen und verfolgen, wo sie fruchtbar gestaltend auf spezielle Rechtsinstitute, auf die Lehren und Urteile der Rechtsbildner und Rechtspraktiker einwirkten. Hier entströmen der Wissenschaft lebendige Kräfte, welche die feine Kunst der Juristen als führende Autorität leiten, ordnen und vertiefen.

---

Das Wesen und die Bedeutung der Naturphilosophie, welche für unsere Arbeit vorzugsweise in Frage kommt, liegt in der Beurteilung des Stofflichen, in der Bestimmung des Verhältnisses vom Stoff zur Form.

Nach der Lehre des Aristoteles kommt der Form, dem *εἶδος*, das Übergewicht über die Materie, die *ὕλη*, zu. Sie ist der letzteren gegenüber die begriffliche und höhere Wirklichkeit. Das göttliche Wesen ist die reine Form, ohne jede stoffliche Beimischung.[41] Erst durch die Verbindung mit der Form wird die blofse Möglichkeit — die Materie zur konkreten Wirklichkeit. Die *ὕλη* ist demnach das Potentielle, das *εἶδος*

das Aktuelle.[42] Indessen ein und dasselbe Ding kann in gewisser Beziehung sich als Stoff, in einer anderen als Form darstellen. Die Elemente z. B., welche den Stoff aller konkreten Körper enthalten, sind Formen des einheitlichen Urstoffes. Das Erz, welches der Stoff einer Bildsäule ist, hat als Rohmetall seine eigentümliche Form.[43] Die peripatetische Lehre über das Wesen und die Entstehung der Sachkörper trägt somit ein dualistisches Gepräge, welches in der Verbindung des Materiellen mit dem rein Begrifflichen zum Ausdruck gelangt. In der Art und dem Vorgang dieser Verbindung liegt eine gewisse Unsicherheit und Unklarheit. Aristoteles hält zwar das rein Begriffliche im *εἶδος* fest, scheidet es aber nicht mit absoluter Bestimmtheit von der körperlichen *ὕλη*, die unter Umständen, wie wir gesehen haben, gleichfalls als *εἶδος*, mithin als Begriffliches erscheinen kann.[44]

Dieser, übrigens allgemein anerkannte Mangel des aristotelischen Systems wird in dem konsequenten Materialismus oder „Sensualismus"[45] der Stoa vermieden. Soweit der Stoicismus in den Lehren des Aristoteles materialistische Elemente vorfand, knüpfte er an sie an. Es ist ihm deshalb schon im Altertum der Vorwurf einer gewissen Unselbständigkeit nicht erspart geblieben. Die Materie wird als wesentliche Voraussetzung der Entstehung aller Sachkörper anerkannt und für sie gelegentlich sogar die peripatetische Bezeichnung *ὕλη* festgehalten. Indessen diese *ὕλη*, oder genauer *πρώτη ὕλη*[46], galt dem Stoiker bereits als fertiger, wenngleich noch qualitätsloser Körper, als dasjenige, was wir nach moderner Ausdrucksweise Stoff oder Substanz nennen. Deshalb geben die Schriftsteller aus dem stoischen Lager meist auch der Bezeichnung *οὐσία* oder substantia den Vorzug. Treten alsdann zu dieser allem konkreten Sein zu Grunde liegenden *οὐσία* die Qualitäten

— ἕξεις oder ποιότητες — hinzu, so entsteht damit das Individuum oder der individualisierte Sachkörper.[47] Während also nach Aristoteles das εἶδος auf Grund der ὕλη erst das Individuum hervorruft, gestaltet und damit natürlich auch zugleich seine Art feststellt, gewinnt nach der stoischen Lehre dieselbe οὐσία, welche bereits vorher als Körper bestand und auch unabhängig von der ἕξις vorhanden war, durch letztere nur eine gröfsere äufsere Bestimmtheit.[48] Die Sache war, wenn man sich so ausdrücken darf, als eigenschaftslose Substanz auch schon vorher existent. Es ist, streng genommen, nichts Neues entstanden, blofs eine Veränderung mit dem Stoff hat sich vollzogen. Die Materie ist also im einzelnen Sachindividuum dem Stoiker das Wesentliche, dem Peripatetiker blofses Substrat der Form. In seinem Sensualismus geht aber der Stoiker noch weiter. Er denkt sich die Qualitäten oder ἕξεις selbst als etwas Körperliches, als „πνευματικόν τι", als jenen warmen Lufthauch oder jenes belebende Feuer, welches jeden Körper von innen durchdringt, von aufsen begrenzt und gestaltet.[49] Trotzdem bleibt die οὐσία die Grundlage, das ὑποκείμενον, welches jene Qualitäten trägt, ihnen die Möglichkeit giebt, zu wirken.

Wir haben hier in allgemeinen Zügen die wichtigsten Sätze entworfen, denen der Jurist seine Anschauungen über das Wesen, die Entstehung, Identität, die Bestandteile und das Wachstum der Rechtsobjekte entlehnte. Obgleich vorherrschend die peripatetische und stoische Doktrin mafsgebend bleibt, so kommen gelegentlich doch auch andere Schulen in Betracht. Es soll auf sie in einem speziellen Zusammenhang hingewiesen werden.

Man darf nicht schlechtweg behaupten, die klassischen Rechtslehrer hätten ihre juristischen Prinzipien und Folge-

rungen einfach mit philosophischen Maximen verschmolzen. Wir müfsten gering denken von ihrer Einsicht, wollten wir annehmen, dafs die durch das Leben und den Verkehr erzeugten Rechtsbedürfnisse von ihnen in das Prokrustesbett einer metaphysischen Theorie gezwängt worden seien. Niemals hat die Schlingpflanze der abstrakten Spekulation bei ihnen den grünen Baum des Lebens überwuchert. Aber die Lösung eines juristischen Problems hängt nicht selten ab von der Beantwortung nicht juristischer Fragen und hierbei scheint es nicht nur statthaft, sondern sogar geboten, sich an jegliche Quellen menschlicher Erkenntnis zu wenden. So z. B. ist die eheliche Geburt eine Thatsache, deren Folgen das Recht regelt, aber ihre Feststellung kann unter Umständen von der Bestimmung desjenigen Zeitraumes abhängen, welchen das Kind bis zur Erlangung des erforderlichen Reifegrades im Mutterleibe zubringen mufs. Das zu entscheiden ist die Aufgabe der Physiologie, welche bei den Alten ihren Ausdruck in der Autorität „doctissimi viri Hippocratis" findet.[50] Für die Entwickelung von Rechtsverhältnissen kann die Frage nach der Entstehung von körperlichen Sachen, nach ihrem Wesen, ihren Bestandteilen von gröfster Wichtigkeit sein. Die Antwort hierauf wird nicht durch juristische Spekulation gefunden, die herrschenden Begriffslehren allein sind dafür mafsgebend. In Rechtsgeschäften, insbesondere beim Abschlufs von Verträgen, können nur gar zu leicht Zweifel über die Identität der Objekte entstehen. Dieses Problem hat mit dem Recht nichts zu thun, es ist ein philosophisches.

In seiner Studie über das Welträtsel hat Ernst Häckel[51] gegen die modernen Juristen den Vorwurf erhoben, ihre Bildung wäre eine rein formale, keine reale. Die „Männer des Rechts" hätten nur eine sehr oberflächliche Vorstellung „vom

Hauptobjekt ihrer Thätigkeit, dem menschlichen Organismus, und seiner wichtigsten Funktion, der Seele. Das bewiesen z. B. die wunderlichen Ansichten von Willensfreiheit, Verantwortung u. s. w."

Über Häckels Monismus sind viele zum Teil vernichtende Kritiken gefällt worden[52] und es wird sich wohl schwerlich ein Jurist finden, welcher bereit wäre, den Grundstein unseres Rechts- und Staatslebens — die Lehre vom sog. freien Willen, selbst wenn sie eine Fiktion sein sollte — der Häckelschen monistischen Theorie zu opfern. Trotzdem wäre zu erwägen, inwiefern vielleicht der Vorwurf des einseitigen, unphilosophischen Formalismus, welcher dem Bildungsgang der modernen Juristen gemacht wird, als begründet erscheint.

Den Alten war die Rechtswissenschaft „divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia"[53], ist sie dasselbe auch für uns noch heute?

---

Erstes Kapitel.

# Der Begriff und die Einteilung der Sachen und der Körper.

## § 1. Der Sachbegriff und die sog. körperlichen Sachen.

Alles, was dem Willen des rechtsfähigen Subjekts unterworfen ist, trägt die Bezeichnung „res“. Das Gebiet, welches diese Objekte umfassen, ist ein weites, ihr wichtigstes Merkmal die konkrete Bestimmtheit. Im übrigen kann der Gegenstand der Herrschaft etwas materiell oder begrifflich Existentes sein. Denn der menschliche Wille ordnet sich nicht nur das Körperliche unter, sondern in einem besondern Grade die Begriffe, weil gerade sie in der Vorstellung des Individuums geschaffen und begrenzt werden, hier allein ihren Bestand haben. Beide, die Welten der Körper und der Ideen, stehen im engsten Zusammenhang. Denn obwohl im Prozeſs des Werdens der körperlichen Einzelsache der Stoff das erste ist, so geht doch dem Bestand und Wesen nach die Form oder die Idee der Sache vor. „Ein Haus besteht keineswegs der Ziegeln und Steine wegen, sondern diese des Hauses wegen.“[54] Gerade in der Begriffstheorie, in der Beurteilung dessen, worin die alles umfassende Idee der Sache liegt, machten sich bei den klassischen Rechtslehrern die zeitweilig herrschenden philosophischen Strömungen in hohem Maſse geltend.

Hier muſs zunächst auf Plato, den Vater der Idee, zurückgegangen werden; nicht anders werden wir die Einwir-

kung der hellenischen Wissenschaft auf die römische Jurisprudenz und die sich daran knüpfenden praktischen Wirkungen verstehen. Für Platos Einflufs sprechen auch allgemeine Erwägungen und bekannte geschichtliche Thatsachen. Seine Lehren wurden unstreitig bereits im letzten Jahrhundert vor Christo in Rom verbreitet, man braucht sich nur der Beziehungen zu erinnern, welche zwischen Cicero und Philo, dem hervorragenden Vertreter der neuen Akademie, bestanden. Gerade die Begriffstheorieen Platos haben sich sowohl in der Philosophie, als auch in der Rechtswissenschaft mit besonderer Kraft und Zähigkeit behauptet.

Das wahrhaft Seiende, lehrt Plato, ist nur die Idee. Ihr steht ebenso unvergänglich wie sie selbst das sog. ἐκμαγεῖον — die alles aufnehmende Natur — gegenüber. Dieses ἐκμαγεῖον wird zwar durch die Gestaltung der sinnlichen Gegenstände vorübergehend bewegt, nicht aber verändert.[55] Im Vergleich mit den entsprechenden Kategorieen des Aristoteles und der Stoiker fehlt dieser platonischen Materie entschieden die Bestimmtheit, ja es läfst sich nicht einmal ihr stofflicher Charakter feststellen.[56] Auch mit den vier Elementen ist das ἐκμαγεῖον nicht identisch. Durch seine Bewegung, heifst es vielmehr, seien „die vier Elemente noch vor Bildung der geordneten Welt an verschiedene Orte geführt worden“.[57] Diese primäre Materie ist, wie Bäumker sich treffend ausdrückt, „eine schwer zu bestimmende selbständige Gattung“.[58] Auch durch Denken ist sie nicht erfafsbar, daher haben spätere Erklärer darauf hingewiesen, dafs wir sie gleichsam wie im Traume wahrnehmen.[59]

In der Mitte zwischen dem wahrhaft Seienden, der Idee, und dem Nichtseienden, der primären Materie, steht die sekundäre Materie oder das sinnliche Ding. Es ist das Wer-

dende, in steter Entwickelung Begriffene, als solches entbehrt es jeder inneren Festigkeit; bestimmt aber und faſsbar ist es nur insofern, als es dank seiner eigentümlichen Mittelstellung an der Idee teilnimmt.[60] Denn nach der Idee und ihr gemäſs wurde die sichtbare Welt geordnet und diese Ordnung erscheint als Werk der göttlichen Vernunft, welche mithin die Ursache allen sinnlichen Seins ist.[61] Daneben besteht freilich noch eine Reihe von Mitursachen, diese bilden indessen nur die materiellen Hilfsmittel, durch welche die Ziele der göttlichen Vernunft verwirklicht werden.

In der platonischen Erkenntnislehre ergeben sich demnach drei Hauptgattungen: das Seiende — die Idee, das Werdende — die sinnliche Welt und das Nichtseiende — die primäre Materie, welche auch *δεξαμένη* genannt wird, da sie alles in sich aufnimmt.[62] Über diesen Hauptgattungen steht als wirkende Ursache die göttliche Vernunft.

Die Unbestimmtheit der platonischen primären Materie hat zur Folge gehabt, daſs diese Kategorie sowohl bei der Entwickelung der peripatetischen als auch der stoischen Begriffslehren ausgebeutet wurde. Faſste man sie als etwas Stoffliches, so war sie offenbar mit der qualitätslosen *οὐσία* der Stoa identisch, denn auch aus letzterer gehen dank der Begrenzung durch die *ποιότητες* oder *ἕξεις* die sinnlichen Dinge hervor. Betonte man dagegen das Schwankende der primären Materie im Gegensatz zur Idee und zur sinnlichen Welt, dann allerdings kam sie der wesenlosen *ὕλη* des Aristoteles sehr nahe. Mag hinsichtlich dieser Gattung bei Plato auch eine gewisse Unsicherheit vorherrschen, die Bestimmtheit der Idee führt in der konkreten Begriffsfixierung zu einer gewaltigen Wirkung: sie hat zur Folge, daſs dem Begriff der konkreten Sache eine weit höhere Realität zugeschrieben

wird, als ihrer sinnlichen Erscheinung. Der Begriff ist zuerst da, er umfafst die Sache in allen ihren Teilen, denn nur nach ihm ist sie gebildet.

Gehen wir zur peripatetischen Theorie über, so müssen wir uns zunächst daran erinnern, dafs nach Aristoteles sowohl die Natursache, als auch der durch menschliche Kunst geschaffene Gegenstand erst durch die Form aus der wesenlosen ὕλη zur konkreten Existenz gelangt. Es ergiebt sich hieraus mit Notwendigkeit die Identifizierung des εἶδος mit dem Begriff der Sache, deren Bestimmung und Zweck es zugleich bildet.[63] Von diesem Zweck ist der Begriff des Dinges, welcher alle Teile des letzteren umfafst, nicht zu trennen. Jede Zweckthätigkeit ist darauf gerichtet, nur ihn zu verwirklichen. Der Begriff besteht in der Zusammenfassung alles dessen, was den Zwecken der Sache zu dienen bestimmt ist. Dementsprechend bildet der Übergang von der wesenlosen ὕλη zum konkreten Begriff eine besondere Kategorie — die auf den bestimmten Zweck zielende Bewegung, die sog. κίνησις. Diese Kategorie führt zur Verwirklichung des Möglichen, sie ist eine stete Veränderung, „eine unvollendete Wirklichkeit".[64] Die κίνησις des Baues liegt z. B. darin, dafs die Materialien, aus welchen ein Haus entstehen kann, d. h. diejenigen Bestandteile, welche dem usus aedificii dienen sollen, wirklich zu einem Hause verbunden werden.[65] Dementsprechend dürfen wir also annehmen, dafs der Begriff als das Primäre in allen seinen Bestandteilen, mit allem, was er an sich ziehen soll, schon vorher feststeht, ehe aus der Verbindung dieses εἶδος mit der ὕλη das sinnliche Objekt hervorgeht.[66] Während sich hier gewisse Anklänge an Plato gar nicht verkennen lassen[67], gestaltet sich die Lehre von den wirkenden Ursachen bei Aristoteles, im Gegensatz zur plato-

nischen Einfachheit, sehr kompliziert. Ursprünglich unterscheidet er vier Gründe oder Ursachen aller Dinge: die stoffliche, die Formursache, die bewegende und die Endursache. Indessen stellt er selbst schon fest, dafs bei näherer Betrachtung diese vier Gründe auf zwei, nämlich den Stoff- und den Formgrund, zurückzuführen seien. Jener Mangel an Einheitlichkeit und überzeugender Geschlossenheit hat mehrfachen Widerspruch hervorgerufen.[68] Mit gröfster Entschiedenheit sind die Stoiker dagegen aufgetreten. Seneca rügt die „turba causarum" des Aristoteles, welche ihren Zweck gänzlich verfehle, da sie überhaupt keine klare Vorstellung vom ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Begriff und sinnlichen Ding aufkommen lasse.[69]

Welchen eigenen Standpunkt nimmt nun aber die stoische Philosophie in der Beurteilung des Begriffes und des konkreten Seins der Dinge ein? Im Gegensatz zur platonischen und peripatetischen Lehre charakterisiert die Stoa bekanntlich ihr schroffer und konsequenter Materialismus. Nur das Stoffliche ist wirklich. Indessen dieser Materialismus stützt sich auf eine dynamische Weltanschauung, ja man kann sogar sagen, dafs letztere sein leitendes Motiv bildet.

Bei der Entstehung des konkreten Dinges mit allen seinen Bestandteilen wirken nach stoischer Auffassung drei Faktoren mit: das *ὑποκείμενον*, der Urstoff oder die qualitätslose Substanz, die stofflichen Qualitäten oder *ποιότητες* und endlich die Grundursache, d. h. die mit den Qualitäten gleichartige, also ebenfalls stoffliche leitende Vernunft, das *λόγος*, die Gottheit.[70] Die qualitätslose Substanz hat kein konkretes Wesen, keine Gestalt, erst durch ihre Verbindung mit den *ποιότητες* entsteht die individuelle Sache. Da also diese Qualitäten kraft ihrer Bestimmung die Teile der Sache zum selbständigen Ganzen

zusammenfassen, so kann man sagen, dafs die Gestalt des konkreten Dinges in den *ποιότητες* oder Qualitäten liegt. Diese Individualisierung ist Ausflufs des *λόγος*, der göttlichen Kraft, welche ihrerseits die ganze Welt mit ihrem *πνεῦμα* — uno divino spiritu — zusammenhält. Wie Gott die Seele, der Inbegriff der ganzen sinnlichen Welt ist, so beseelen die Ausflüsse seines ihm gleichartigen stofflichen Welt-*πνεῦμα* als *ψυχή*, *φύσις* und *ἕξις* die einzelnen individuell begrenzten Dinge: Menschen, Tiere, Pflanzen und anorganische Gegenstände.[71] In dem Welt-*πνεῦμα* ruhen also die Begriffe allen individuellen Seins und diese Begriffe sind daher dem Stoiker etwas Stoffliches.

Sieht man vom spezifisch-stoischen Materialismus ab, so ist in seiner Hauptstruktur ein gewisser Einflufs der platonischen Gruppenbildung gar nicht zu verkennen. Die bei der Stoa freilich als Stoff gedachte göttliche Vernunft[72] erscheint hier wie dort als einzige wirkende Ursache im Gegensatz zur „turba causarum“ des Aristoteles. Von diesem *λόγος* geht nach Ansicht der Stoiker das gleichfalls stoffliche *πνεῦμα* aus, beseelt genau wie die ewig seiende platonische „Idee“ die qualitätslose Materie und bedingt als B e g r i f f die Entstehung der sinnlich wahrnehmbaren Objekte oder, wie Plato sagt, das ewig Werdende. Stellt man, bei dieser äufserlichen Ähnlichkeit, manchen Unklarheiten der platonischen Gattungsbestimmung die bestechende Folgerichtigkeit des stoischen Materialismus gegenüber, so kann man leicht verstehen, dafs neuere Platoniker, wie z. B. Philo, ihre Begriffslehren mit stoischen Elementen ergänzten oder sich doch wenigstens in ihren Darstellungen und Erläuterungen des stoischen Sensualismus, seiner konkreten Anschaulichkeit bedienten.

Wie Philo sich das Werden der Dinge, vor allem die Erschaffung der Welt vorstellt, besteht ihr individueller Begriff noch vor seiner Vereinigung mit der Materie beim Schöpfer als vollendete Realität. Es gehe hierbei genau so zu, wie bei Erbauung einer Stadt. Ehe der König oder Herrscher seine Absicht verwirkliche, wende er sich zunächst an einen geschulten Baumeister. Von diesem werde der Plan und das Bild der Stadt im ganzen entworfen und zwar so, dafs er ihren Begriff mit allen Einzelheiten, den Tempeln, Gymnasien, Rathäusern, Marktplätzen, Hafenanlagen, sonstigen privaten und öffentlichen Gebäuden in seinem Innern bilde und darstelle — *διαγράφει πρῶτον ἐν ἑαυτῷ* —. Erst nachdem in der Seele des Künstlers der Begriff der Stadt — *ἡ νοητὸς πόλις* — gleichsam wie in Wachs — *ὥσπερ ἐν κηρῷ* — mit gröfster Genauigkeit und in allen ihren Teilen ausgeprägt und festgestellt wurde, schreite man zur konkreten Verkörperung dieses Bildes, zu seiner Ausführung in Stein und Holz. Ganz nach derselben Ordnung erfolge die Erweckung der Welt zum Dasein durch die Verbindung des vollkommensten Weltbegriffes mit der Materie. Wie die Grenzen des Stadtbegriffes in der *ψυχή τοῦ τεχνίτου* beschränkt seien, so der Weltbegriff im göttlichen *λόγος*.[73]

Gemäfs Philos Ausführung haben wir uns das Verhältnis des Begriffs zu der durch menschliche Kunst erzeugten Einzelsache ganz in derselben Weise zu denken wie zur Entstehung der Welt und aller Naturdinge. Die *ἕξις* des Gegenstandes ist zunächst noch mit der *ψυχή*, dem animus des Meisters, verbunden. Ins Stoische übersetzt war dieser Begriff bereits während jenes Vorzustandes stofflich in allen seinen Teilen vorhanden, selbst ehe er noch dem *ὑποκείμενον* aufgeprägt wurde, denn der göttliche *λόγος*, die *ψυχή*

des Meisters oder Eigentümers und die ἕξις des Objekts unterscheiden sich stofflich in nichts von einander. Es ist also der animus domini, welcher den Begriff und die Bestandteile der Sache in sich schliefst, ihre Grenzen bestimmt, sie verbinden und wieder auflösen kann.

Diese Funktion des animus tritt mit besonderer Deutlichkeit im sog. *συνημμένον* — der zusammengesetzten Sache — zu Tage. Da es sich hier vom physischen Standpunkte aus um ein Nebeneinanderstellen — *παράθεσις*, nicht aber um Verschmelzung oder *σύγχυσις* handelt, so beruht jener feste Verband der Teile nur auf der *ψυχή* des Schaffenden. Wie der divinus spiritus die Welt umfafst, welche ohne diesen Ferment ihren Zusammenhang verlieren müfste, so kann auch das *συνημμένον* ohne den animus des Schaffenden oder Eigentümers als selbständiges Objekt nicht bestehen. Die *ψυχή* weist im Begriffe jedem Teil seinen Platz an; Bestandteil einer Sache ist also dasjenige, was in der *ψυχή τοῦ τεχνίτου*, dem animus, der mens domini als solcher fungiert. Der körperlichen Erscheinung gegenüber ist der Begriff oder die Idee das Primäre, Vollkommene, Abgeschlossene und Dauernde.

In welcher Weise haben nun die klassischen Rechtslehrer diese philosophischen Begriffstheorieen verwertet und inwiefern standen sie unter ihrem Einflufs? Wie weit ging die Einwirkung allgemeiner Weltanschauungen in der Behandlung und Abgrenzung dinglicher Rechtsobjekte? Ohne Zweifel ist hier die Bedeutung der Philosophie eine sehr umfassende und tiefe gewesen; sie bot dem Juristen nicht nur die äufseren Denkformen und Schlagworte, nein sie beherrschte in dieser

Frage seinen Gedankengang ganz und gar und bestimmte alle seine Auffassungen.

Wie der Philosoph, so statuiert auch der Jurist vor allem die Selbständigkeit und Dauer des Begriffes der Sache, seinen abgeschlossenen und unabhängigen Bestand im Gegensatz zum Wechsel im körperlichen Dasein des Dinges. Die Idee erhält dem Gegenstande seine Individualität ungeachtet dessen, dafs seine physische Zusammensetzung durch Aufnahme neuer Körperteile eine andere geworden war. Ein Schiff bleibt z. B. begrifflich immer noch dasselbe, obgleich infolge häufiger Reparaturen kaum noch eines von den Brettern in ihm steckt, welche ursprünglich zu seinem Bau verwandt wurden. Wollte man hier von einer Änderung der Begriffe reden, so müfste man zugestehen, dafs auch der Mensch alljährlich seine Persönlichkeit umbilde, da sein Körper durch den Stoffwechsel steter Erneuerung unterliege. Der Bestand einer individuellen Sache, so schliefst der Jurist, hängt also ganz allein von der Dauer seines Begriffs oder der species ab: „Quapropter cujus rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari“. Es unterliegt gar keinem Zweifel, dafs die klassischen Rechtslehrer je nach ihrer philosophischen Richtung unter dem Terminus „species“ in einem gewissen Zusammenhange bald das peripatetische εἶδος, bald die stoische ἕξις verstehen, also gerade dasjenige, was nach platonischer analoger Auffassung die Idee, den Begriff der Sache ausmacht.[74]

Alfenus, von dem die hier besprochene Ausführung herstammt, beruft sich unmittelbar auf die Autorität der Philosophen — „ut philosophi dicerent“.

Für uns hätte es dieses Hinweises gar nicht bedurft, denn nicht allein der Gedankengang, sondern auch die gesamte

Darstellung mit den erläuternden praktischen Beispielen kann nur einer platonischen oder aristotelischen Schrift entnommen worden sein. Wir sind überdies in der Lage, die Quelle annähernd zu bestimmen.

Eine sehr ähnliche Besprechung desselben Gedankens finden wir nämlich bei Olympiodor, einem der späteren Kommentatoren des Plato und Aristoteles.[75]

Der Begriff des Ganzen, heifst es hier, unterscheide sich von den Teilen vor allem durch seinen Bestand im Gegensatz zum Wechsel der letzteren. So bleibe das Meer als Ganzes stets dasselbe, ungeachtet dessen, dafs seine substantielle Zusammensetzung sich fortwährend ändere. Ein Schiff behaupte als Ganzes seine Individualität, obgleich im Laufe der Zeit gewifs alle seine Bretter oder Bohlen durch neue ersetzt würden und in seinen Bestandteilen eine völlige Umwandlung vor sich gehe.[76]

Diese Stelle ist einem Kommentar der Meteorologie des Aristoteles entnommen. Da aber Olympiodor anerkanntermafsen keine irgendwie selbständigen Gedanken vorbringt, sich vielmehr durchaus auf die Wiedergabe der Schriften seiner Meister beschränkt[77], so handelt es sich im gegebenen Falle ohne Zweifel nur um die Reproduktion eines ursprünglich aristotelischen Textes. Sowohl Alfenus Varus als auch Olympiodor haben direkt oder mittelbar aus ein und derselben Quelle geschöpft und den Aristoteles zum gemeinsamen Gewährsmann. Hiermit stimmt unsere auch sonst gemachte Beobachtung überein, wonach Alfenus zu den Juristen peripatetischer Observanz gehört.[78]

Die Vorstellung vom Bestande der Idee — dem *λόγος* — des Dinges trotz völliger Änderung seiner materiellen Zusammensetzung war den Alten überhaupt sehr geläufig. Man stützte hierauf die ewige Dauer des Weltalls und illustrierte

den Satz mit Vorliebe, indem man den Begriff dem konkreten Sachkörper gegenüberstellte. Ein beliebtes Beispiel ist jenes heilige Staatsschiff der Athener, welches seit Theseus Zeiten als sein Fahrzeug unverändert fortbesteht, obgleich infolge zahlloser Reparaturen kein Splitter seiner ursprünglichen Zusammensetzung in ihm steckt.[79] Die Neuplatoniker wählten bei Besprechung desselben Gedankens das Beispiel des Wagens.[80]

Gewifs mit Recht meint Bernays[81], dafs den Römern der Satz von jener selbständigen Dauer des Begriffes durch die casa Romuli nicht weniger anschaulich gewesen sei.

Scherzend bemerkt der Komiker Epicharmos zur entgegengesetzten athomistischen Auffassung, ein Schuldner könne sich weigern, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, weil er seit Abschlufs des Vertrages durch den Stoffwechsel physisch ein anderer geworden sei.[82]

Die Schulbeispiele vom Schiff, dem Wagen und dem Hause, welche trotz wiederholter Reparatur und trotz des Wechsels in ihrer substantiellen Zusammensetzung begrifflich doch immer dieselben bleiben, sind auch von späteren Rechtslehrern mehrfach als Belege für die Stabilität der Sachidee angeführt worden. Schon Sabinus wies darauf hin, dafs Ausbesserung mit neuem Material den Niefsbrauch am Schiff nicht aufhebe, da ungeachtet der stofflichen Erneuerung die Sache begrifflich doch dieselbe bleibe, während völlige Auflösung des Objekts in seine einzelnen Teile auch seinen begrifflichen Untergang herbeiführe.[83] Ganz dasselbe Beispiel bespricht auch Julian in seinem Kommentar zum Minicius. Hierbei macht er den wesentlich praktischen Zusatz, dafs für die Individualität des Schiffes der Kiel und sein Bestand entscheidend sei.[84]

---

Was als Begriff der sinnlich wahrnehmbaren und individualisierten Einzelsache gilt, kann natürlich nur durch Abstraktion aus der empirischen Welt festgestellt werden und diese Frage ist eine auch vom philosophischen Standpunkt aus flüssige. Lehrt doch schon Plato, dafs die sinnlichen Dinge sich in stetem Werden befinden und dafs an ihnen nichts bestimmt und stabil sei; daran vermöge selbst ihre Verbindung mit der Idee nichts zu ändern. Auch nach Aristoteles handelt es sich bei der Entstehung der Einzelsache um eine Vereinigung des unvergänglichen reinen Form mit der wandelbaren ὕλη. Was daher z. B. den Begriff eines Hauses ausmacht und als notwendiger Bestandteil zu ihm gehört, konnte unmöglich zu allen Zeiten gleichmäfsig beantwortet werden. Mafsgebend war der „perpetuus usus rei“ als aristotelische Zweckbestimmung und es ist durchaus kein Zufall, wenn gerade der Peripatetiker Labeo seine Regel in diesem Sinne aufstellt:

> L. 17. § 7. Dig. de actionibus empt. vend. 19. 1. Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum: Labeo generaliter scribit ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii: ut puta fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium, verum tamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt.[85]

Ob aber trotz jener im allgemeinen — generaliter — feststehenden Zweckbestimmung diese oder jene Sache, also z. B. ein Wandspiegel, Bestandteil des Hausbegriffes ist, konnte ohne Zweifel im einzelnen Falle streitig sein. Es fehlt dafür in den Quellen nicht an Belegen. Ulpian, vielleicht auch Papinian, haben sich im obigen Sinne ausgesprochen, die älteren Juristen scheinen dagegen gewesen zu sein.[86] Diese

Meinungsverschiedenheit läfst sich überdies noch auf metaphysische Gründe zurückführen. Vertraten doch Cassius und die älteren Sabinianer, wie wir später sehen werden[87], auch in der Lehre vom Eigentumserwerb durch Verbindung im Vergleich zu ihren Nachfolgern insofern einen engeren Standpunkt, als sie sich für möglichste Separierung der Einzelobjekte, für ihre weitgehende rechtliche Selbständigkeit aussprachen. Und wenn der perpetuus usus je nach den Verkehrs- und Kulturbedürfnissen auch dem Wechsel unterliegen mag, so beeinträchtigt das seine absolute Geltung doch nicht, da ja das Leben stets neue Begriffe aufdecken oder die bisher bekannten gänzlich ändern kann. Diese ganz unvermeidliche Eigentümlichkeit der Zweckbestimmung ist der Grund, weshalb die Ergebnisse der römischen Juristenphilosophie sich hier scheinbar dem modernen Verkehrsstandpunkte nähern. Jenes von uns angeführte Beispiel könnte natürlich auch in dem Sinne erklärt werden, dafs Luxus- und Bedürfnisfragen wie auf uns, so auf die römischen Juristen ihren Einflufs ausübten. Es ist sehr möglich, dafs in älterer Zeit Wandspiegel als seltener Schmuck angesehen wurden, als Kostbarkeit, welche selbst in gut ausgestatteten Wohnhäusern nicht als etwas Notwendiges vorausgesetzt werden durfte, während die erhöhten Luxusansprüche der späteren Kaiserzeit sie in den Hausbegriff einschlossen. Der moderne Rechtspolitiker wird hier mit einem Schein von Wahrheit alles auf das „weitgehende Verständnis für die Bedürfnisse des Verkehrs“ zurückführen, gleichwohl behält für den in der antiken Philosophie Bewanderten die peripatetische Kategorie der Zweckbestimmung ihre Bedeutung. Denn trotz jener sehr begreiflichen Schwankungen in der praktischen Anwendung ist die allgemeine Begriffstheorie der klassischen Juristen doch überall eine geschlossene, nach

der maſsgebenden Weltanschauung gebildete. Dem Peripatetiker war der Begriff der Einzelsache das immaterielle εἶδος nach seiner Vereinigung mit der ὕλη; beim Stoiker verkörpert sich der Begriff im Ausfluſs des alles umfassenden λόγος[88], der stofflichen ἕξις.

---

Da nach unserer Darstellung konkret bestimmte Begriffe und Körper in gleicher Weise Gegenstand der Willensherrschaft sein können, so knüpft sich hieran die Frage nach den Unterscheidungsmerkmalen beider Arten von Rechtsobjekten. Es handelt sich zunächst um ein bestimmtes Kriterium für das Körperliche. Aristoteles findet das allgemeine Merkmal im Tast- oder Greifbaren — σῶμα δε ἅπαν ἁπτόν[89] — oder ἁπταὶ μὲν οὖν εἰσὶν αἱ διαφοραὶ τοῦ σώματος ᾗ σῶμα.[90] — Der Grund dieses Kriteriums ist darin zu suchen, daſs der Tastsinn als primärer, allen Lebewesen gleichmäſsig eigentümlicher Sinn angesehen wird. Die ἁφή — tactus fehlt keinem einzigen Geschöpf und ist mit dem Stoff des Leibes, z. B. mit seinem Fleisch verbunden[91] — τὴν δὲ πέμπτην αἴσθησιν τὴν ἁφὴν καλουμένην καὶ τἆλλα πάντ' ἔχει ζῷα[92] oder πᾶσι δὲ τοῖς ζῴοις αἴσθησις μία ὑπάρχει κοινὴ μόνη ἡ ἁφή.[93]

Es ist ein schlagender Beweis für den Einfluſs des peripatetischen Systems, daſs sich die klassischen Rechtslehrer in dieser grundlegenden Frage ganz auf seinen Standpunkt gestellt haben. Denn auch sie erblickten in der Möglichkeit des tactus im Greif- und Tastbaren das Unterscheidungsmerkmal für die res corporales:

Gai Inst. II. 12: Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. 13. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum

et denique aliae res innumerabiles. 14. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in jure consistunt: sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur et fructus qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia; nam ipsum jus successionis et ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis incorporale est.[94]

Man kann den aristotelischen Gedanken nicht klarer und bestimmter wiedergeben, als es hier durch den Juristen geschehen ist. Zugleich aber tritt der empirische Charakter, welcher dem Körperlichen bei den Peripatetikern zukommt, auch bei Gajus unverkennbar hervor. Es liegt auf der Hand, dafs es sich dabei nicht um eine prinzipielle Kategorie, sondern um das Resultat sinnlicher Wahrnehmungen handelt, denn weshalb wird gerade der tactus oder die ἁφή als allen Geschöpfen gemeinsamer Sinn in den Vordergrund gestellt? Das Wesen des Körperlichen ist eben darin zu suchen, dafs es von den organischen Lebewesen erfahrungsmäfsig gefühlt werden kann, als besonderer Begriff wird es nicht gedacht. Das wahrhaft Seiende ist nicht, wie man vielfach mit Unrecht meint, das Tastbare, sondern das Begriffliche. Ersteres nimmt in der Frage nach dem Sein oder Nichtsein überhaupt keine bestimmte Stellung ein.

Wie Gajus[95] weiter zu berichten weifs, hat ursprünglich auch die römische Jurisprudenz das Begriffliche vom körperlichen Substrat nicht geschieden. Es gab eine Zeit, wo man mit unentwickeltem Abstraktionsvermögen z. B. das Wesen der Erbschaft, also eines reinen Begriffes, mit den einzelnen zu ihr gehörigen körperlichen Objekten identifizierte. Man brachte

sich nicht zum Bewufstsein, dafs die hereditas als solche eine vom körperlichen Substrat separierte unkörperliche Existenz habe — hereditas neque corporalis est — und gestattete zugleich mit der Ersitzung der Erbschaftssache auch den Erwerb des Erbrechts: „olim rerum hereditarium possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur.“ Diesen Standpunkt, sagt Gajus, habe man späterhin aufgegeben, indem die reine Begriffsnatur der Erbschaft als Erbrecht richtig erkannt wurde — „postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse.“

Aber wir finden nicht, dafs die Juristen einen grundsätzlichen Unterschied zwischen der rechtlichen Herrschaft des Subjekts über das wahrhaft Seiende — den Begriff, und über die empirisch vorhandenen Körper gemacht hätten, beides wird dem Willen unter der Voraussetzung seiner Bestimmtheit in gleicher Weise unterworfen.

## § 2. Die konkrete Bestimmtheit der Sachen. Die res naturali jure communes omnium.

Im ausgesprochenen Gegensatz zur aristotelischen Lehre steht hier die Stoa. Das Körperliche ist ihr nichts Empirisches, sondern das Seiende überhaupt.[96] Körperlich ist nicht nur die stoische Materie, sondern auch alle sie bestimmenden Eigenschaften, die dem peripatetischen *εἶδος* entsprechenden *ἕξεις* oder *ποιότητες*. Etwas Körperliches sind dem Stoiker auch die aristotelischen Begriffe, körperlich ist die Stimme, das Thun und Handeln — *δρᾶν* und *ποιεῖν*.[97] Alles ist verbunden und durchdrungen vom Welt-*πνεῦμα*. Den einzigen Unterschied zwischen den mathematischen und physischen Körpern erblickt die Stoa in der gröfseren Widerstandsfähigkeit der letzteren.[98] Es ist klar, dafs im stoischen System niemals von einem Gegensatz von res corporales oder incor-

porales die Rede sein konnte. Man unterschied nur das Körperliche als Seiendes vom Nichts. Während also die peripatetische Anschauung die corpora den begrifflichen res oder Vermögensbestandteilen — dem Nieſsbrauch der Erbschaft, den Obligationen gegenüberstellt, spricht z. B. der Stoiker Paulus von einer „obligationum substantia“[99] im Sinne einer Verkörperung dieses aristotelischen Begriffes. Da das Objekt der Willensherrschaft vor allem eine konkrete Vorstellung und Bestimmtheit erfordert, so ist hierzu jede „substantia“ oder *οὐσία* geeignet, welche durch die *ἕξεις* oder *ποιότητες* fest umschrieben wurde, mochte sie nach der peripatetischen Lehre Körper oder Begriff, res corporalis oder incorporalis sein.

Auch die Entstehung der Dinge beruht nach stoischer Auffassung nicht auf der Begabung der wesenlosen *ὕλη* mit dem *εἶδος*, sondern auf verschiedenartigen Mischungen der stofflichen *οὐσία* mit den gleichfalls stofflichen *ἕξεις*, welche die qualitätslose Materie bestimmen und individualisieren. Eine ganz analoge Vorstellung hatten, wie späterhin näher ausgeführt werden soll, die stoischen Juristen von der Entstehung der Rechtsobjekte. Nur was zuvor durch die *ποιότητες* individualisiert wurde, kann Gegenstand der rechtlichen Herrschaft sein und hierin erblicken wir die Hauptursache, weshalb die sog. res naturali iure omnium communes vom Verkehr ausgeschlossen sind.

Neuerdings hat Pernice[100] den Nachweis geführt, daſs die klassischen Juristen kraft philosophischer Erwägungen diese Dinge mit den Elementen identifizierten. Freilich nennen sie nur die Luft — aer — und das Wasser — mare, aqua profluens, übergehen also die Erde und das Feuer mit Stillschweigen. Für diese Lücke hat Pernice eine scharfsinnige Erklärung in Vorschlag gebracht:[101] „Die Erde galt als auf-

geteilt, trotz der Urgemeinschaft aller Dinge, der Äther (das Feuer) nahm unter den Elementen der Stoiker eine besondere Stellung ein. Er wurde mit dem alles durchdringenden und alles schaffenden Urgeiste, dem Pneuma, gleichgesetzt. So wäre es denkbar, dafs man das Feuer überhaupt nicht zu den ‚Sachen' rechnen wollte." Aber auch Gründe praktischer Natur könnten mitgewirkt haben. „Einmal stellt sich das Feuer nicht wie Luft und Wasser als fafsbarer und nutzbarer Gegenstand dar, dessen Teile zu Eigentum erworben werden können: und dann ist es ein Ding, das jeder sich selbst herstellen kann: es ist nicht natürlich gebunden und nicht nur in begrenzter Menge vorhanden."

Soviel diese Darstellung auch für sich hat, läfst sich dennoch nicht leugnen, dafs sie kein rechtes Bindeglied zwischen der philosophischen Spekulation und den juristischen, praktischen Folgerungen bildet. Pernice selbst findet „den Zusammenhang mit der philosophischen Lehre nicht glücklich und vollständig gelöst. Darum sei die juristische Konstruktion unsicher und undurchsichtig geblieben."[102]

Der hier gerügte Übelstand könnte indessen leicht beseitigt werden durch eine Ergänzung von Pernices erfolgreicher Untersuchung. Dafs es sich hier in der That um die Elemente handelt, soll nicht bestritten werden. Pernice hat es nur unterlassen, auf eine Seite der Sache hinzuweisen, welche ohne Zweifel für den römischen Juristen von allergröfster Bedeutung gewesen ist. Wir meinen hier die stoische Lehre von *der Unbestimmtheit und dem ununterbrochenen Flusse* der Elemente[103], denen die Körper als *umgrenzte* Substanz — *πεπερασμένον* — gegenüberstehen.[104] Eben weil und insofern die Elemente in stetem Flufs sind, können sie nicht unter der Willensherrschaft des Subjekts stehen. In diesem Sinne spricht

Seneca von der unitas aquarum oder aeris als von einer einheitlichen, gleichartigen, ungeteilten Masse.[105] Erst wenn durch Mischung oder Abgrenzung etwas Bestimmtes, mit ἕξεις Versehenes aus den Elementen hervorgegangen ist, ändert sich ihre Stellung nicht nur in der Natur, sondern auch im Rechtsverkehr. Hieraus erklärt es sich, weshalb der Jurist in seiner Darstellung des Feuers und der Erde keine Erwähnung thut.[106] Das Feuer ist das Urelement — *τὸ δὲ (πῦρ καὶ) κατ' ἐξοχὴν στοιχεῖον λέγεσθαι* —, weil aus ihm alle übrigen hervorgegangen sind — *διὰ τὸ ἐξ αὐτοῦ πρώτου τὰ λοιπὰ συνίστασθαι κατὰ μεταβολήν.*[107]

Es ist klar, dafs im Vergleich mit dem Feuer, welches in seiner Urbestimmung auch aether genannt wird, die übrigen Elemente durch die „*μεταβολή*" eine gröfsere Konkretheit erlangen, ja sie werden sogar diesem ihrem Urstoffe als etwas Fortgeschritteneres, Abgegrenztes gegenübergestellt. Umgekehrt bildet die Erde in dieser Kette gewissermafsen das andere Extrem. Sie ist zunächst als solche grundsätzlich stabil, befindet sich nicht in stetem Flufs und Übergang, sondern wird überall durch Grenzen geteilt, bestimmt und individualisiert. Es giebt also keinen Teil derselben, welcher naturali jure nicht unter der Willensherrschaft eines beliebigen Rechtssubjekts stehen könnte. Dagegen befinden sich das Meer, die Luft- und Wasserwelle in stetem Flufs. Sie sind omnium communes, weil sie an keiner speziellen Rechts- oder Vermögenssphäre haften bleiben können; werden sie aber in einer gewissen Quantität zum Stillstand gebracht, abgegrenzt und individualisiert, dann ändert sich ihre Lage und Bestimmung unmittelbar, sie werden verkehrsfähig und stehen im Vermögen der Rechtssubjekte oder unter der Herrschaft der Staatsgewalt.

Pernice selbst hat hierfür eine Reihe von Beispielen angeführt, die freilich als scheinbare Ausnahmen einige Schwierigkeiten verursachten, so lange man die Elemente schlechthin mit den res communes omnium identifizierte. Im Privatbesitz stehen abgegrenzte Stücke des Meeresbodens, eben weil sie individualisiert sind und daher nicht mehr nur die Grundlage des fluktuierenden Elements bilden.[108] Die im Meere neuentstandene Insel fällt in das Eigentum des Okkupanten.[109] Nicht commune omnium ist das in Teichen, Weihern und Behältern gesammelte Wasser, weil es nicht mehr fliefst und flutet, sondern abgegrenzt und bestimmt ist.[110] Solches Wasser gilt nach dem Ausdrucke der Stoiker als ein *πεπερασμένον* oder finitum, mithin als ein konkreter Körper.[111]

Ganz nach demselben Prinzip stehen auch Landseen im Eigentum des Staates, der Gemeinde oder von Privatpersonen. Die sich daraus ergebenden rechtlichen Folgen sind überall anerkannt. Die Fischerei wird verpachtet; es werden Servituten zugelassen, wie das Überfahrtsrecht, die servitutes aquae haustus oder pecoris ad aquam adpulsus.[112]

Als *πεπερασμένον* oder finitum stellt sich ferner auch die Quelle, der auf einem bestimmten Grundstück befindliche Bach oder Wassergraben dar. Sie werden als „partes fundi" bezeichnet, stehen also im uneingeschränkten Eigentum des Landbesitzers. Das ändert sich, wie schon Pernice[113] bezeugt, sobald der Bach ungehemmt als Flufs oder amnis weiterströmt. Diese fliefsende Wasserwelle hat nicht mehr die konkrete Begrenztheit, welche beim Rechtsobjekt vorausgesetzt wird.

Durchaus im Sinne unserer Auffassung ist es, wenn späterhin der Staat einzelne Meeresteile abgrenzt und unter seine Hoheit stellt.[114] Die in ihnen flutende Woge bleibt uneingeschränktes Element, aber der Meeresbusen als solcher

erhält in unserer Vorstellung die notwendige begriffliche Begrenzung und Bestimmtheit, welche ihn als geeignetes Herrschaftsobjekt erscheinen läfst. Noch weniger darf es uns verwundern, wenn die Juristen gelegentlich dafür plaidieren, das Meeresufer als res populi Romani unter die Staatshoheit zu stellen.[115] Die Charakterisierung der Meeresküste hatte von jeher ihre Schwierigkeiten. Man betrachtete sie als res omnium communis, insofern sie von der höchsten Flut regelmäfsig bedeckt wurde und also „per hoc“ Meeresboden war. Sah man dagegen den Zustand der Ebbe als mafsgebend an, so war der Seestrand ein Grundstück, somit ein *πεπερασμένον*, nicht mehr Element, sondern konkreter Körper. Von diesem Gesichtspunkt aus läfst sich dann allerdings von einem Rechts- oder Herrschaftsverhältnis zum Ufer des Meeres reden, um so mehr, wenn man die Möglichkeit einer staatlichen Herrschaft über einzelne Meeresteile anerkennt.

Durch unsere Ergänzung der Darstellung von Pernice wird ein festes Band um die philosophischen Kategorien und juristischen Deduktionen geschlungen. Es handelt sich hier also nicht um doktrinäre Ausführungen des einen oder anderen Rechtslehrers, welcher vielleicht selbst nicht daran dachte, daraus strenge juristische Konsequenzen zu ziehen, sondern um feste Systeme, die allseitig überzeugten und geradezu die Grundlage der Rechtssätze bildeten.

### § 3. Die Einteilung der Sachen; Einheitssachen, zusammengesetzte und Gesamtsachen.

Der verkörperte Begriffsrealismus der Stoiker findet eine weitere Bestätigung in ihrer Lehre von den corpora, quae ex distantibus constant. Mag man im corpus unitum oder *ἡνωμένον* sowie im *συνημμένον* einen fest abgeschlossenen und

physisch zusammengefügten Körper erblicken, von den Sachgesamtheiten kann das Gleiche unmöglich gesagt werden. Nach dem Vorgange von Meister hat Göppert[116] den eingehenden und unumstöfslichen Beweis geführt, dafs es sich bei den erwähnten Gegenständen um stoische Klassifikationen handelte, welche von den römischen Juristen als mafsgebend anerkannt wurden. Was die Rechtslehrer der Kaiserzeit über die zusammengesetzten und Einheitssachen dachten, ist nach Göpperts Ausführungen all zu bekannt, um es nochmals zu wiederholen. Seine Darstellung bedarf hier keiner Verbesserung oder Ergänzung. Anders verhält es sich mit seiner Auffassung von den *σώματα ἐκ διεστώτων* oder den corpora ex distantibus, denn in Bezug auf Letztere entsprechen seine Schlüsse weder den philosophischen Lehren der Alten, noch den juristischen Konsequenzen, welche sie daraus zogen.

Was die einzelnen zur Sachgesamtheit gehörigen Objekte zusammenhält ist kein greifbares Band. Jedes Einzelding hat seine gesonderte Existenz und ist schon an sich ein corpus finitum. Wie Seneca bemerkt, besteht zwischen den vereinigten Gegenständen kein tactus[117], und dennoch wird das Ganze rechtlich als Körper angesehen. Göppert will diese Sachkategorie auf Vereinigungen von beseelten Wesen, sog. *ἔμψυχα* beschränken, d. h. auf Wesen, welche nach stoischer Auffassung einer *ψυχή* teilhaftig waren, nicht nur eine *φύσις* oder *ἕξις* besafsen. Es ist ihm nicht gelungen, bei den philosophischen Schriftstellern prinzipielle Gründe für eine solche Beschränkung nachzuweisen[118]; er leitet seine Ansicht von den praktischen Beispielen her, mit welchen die Alten ihre Theorie von den corpora ex distantibus erläutern. Einige Darsteller, wie Achilles Tatius[119] und Antoninus[120], hätten freilich neben Schwärmen und Herden von Tieren sowie Menschenvereini-

gungen auch noch Sternbilder als *σώματα ἐκ διεστώτων* aufgezählt, darin liege aber keine Abweichung von der allgemeinen Auffassung, da den Stoikern die Sterne gleichfalls als beseelte Wesen galten und zwar dem Tier oder dem mit der *λογικὴ ψυχή* begabten Menschen gegenüber als Wesen einer höheren Ordnung.[121] Nach Göpperts Meinung „besteht das einigende Band nicht, wie an sich denkbar wäre, in der zusammenfassenden Betrachtung der mehreren Einzelwesen seitens eines aufsenstehenden Dritten, sondern in einer inneren, geistigen Beziehung unter den Einzelnen selbst.“[122]

Es unterliegt für uns keinem Zweifel, dafs unter demjenigen, was Göppert hier schildert, nur der *τόνος* der Stoiker gemeint sein kann, d. h. jene Spannung des die Materie durchströmenden *πνεῦμα*, welches die *οὐσία* bestimmt.[123] Schon öfter hat man darauf hingewiesen, dafs dieser *τόνος* oder tenor keineswegs eine einseitige Bewegung des *πνεῦμα* oder, wie Göppert meint, des Seelentriebes von innen heraus ist, sondern eine Doppelbewegung, die Zeller[124] durchaus zutreffend mit der Expansiv- und Attraktivkraft der modernen Naturphilosophie vergleicht. Durch jenen tenor wirkt das *πνεῦμα* gestaltend nicht nur von innen heraus, sondern auch von aufsen hinein, als äufseres Mafs, als bestimmende Grenze:

> tenorem, qui rarescente materia a medio tendat ad summum, eadem concrescente rursus a summo referatur ad medium.[125]

Der individualisierte Körper entsteht durch *κρᾶσις δι' ὅλων* d. h. eine völlige Vermischung, ein gegenseitiges Sichdurchdringen des *πνεῦμα* mit der *οὐσία* und wir haben keinen Grund anzunehmen, dafs bei den corpora ex distantibus eine andere Vorstellung Platz griff. Auch hier handelte es sich nicht nur um einen Zusammenschlufs kraft des inneren Seelen-

triebes, sondern gleichzeitig um eine verdichtende Bewegung von aufsen hinein, welche nach antik-philosophischer Auffassung die Sache im Gegensatz zur qualitätslosen Materie zu einem finitum oder *πεπερασμένον* gestaltet. Gehen wir aber von diesen unzweifelhaft stoischen Prinzipien aus, dann freilich kann der Kreis jener *σώματα ἐκ διεστώτων* unmöglich auf sog. *ἔμψυχα*, also auf Tierherden und Menschenvereinigungen beschränkt werden; ihm sind auch andere Sachgesamtheiten, die sich als verkörperte Einheitsbegriffe darstellen, anzugliedern.

Wir dürfen Göppert das Zugeständnis machen, dafs die universitates von Tieren und Menschen in einem höheren Grade den inneren *τόνος* erkennen lassen, als die anderen Sachgesamtheiten. Infolge dieses Umstandes mufsten sie als besonders geeignete Beispiele gelten, um den Begriff als solchen zu illustrieren; in diesem Sinne haben sich ihrer auch Philosophen und Juristen mit Vorliebe bedient.[126] Aber schon „jus et officium“, welche nach Seneca gewisse Menschenvereine zusammenhalten und abgrenzen, erscheinen vorwiegend als Druck von aufsen her[127]; der innere Seelentrieb ergiebt sich hierbei erst in zweiter Linie. Übrigens wird der menschliche und tierische Associationsdrang von den Stoikern noch als selbständige psychische Erscheinung behandelt und mit entsprechenden Beispielen beleuchtet. Selbstverständlich kommen alsdann ganz andere Gesichtspunkte in Frage und von einem Klassifikationskriterium der Körper kann in jenem Zusammenhang keine Rede sein. Trotzdem aber hat Göppert auch solches Quellenmaterial dazu benutzt, um seine enggefafste Theorie von den *σώματα ἐκ διεστώτων* zu stützen.[128]

Diese Kraft, welche die Sachgesamtheit von aufsen her zusammenhält, findet in der einheitlichen, alles umfassenden Benennung ihren formalen Ausdruck. Wie die „species“ das

Ding individualisiert und der qualitätslosen Materie gegenüberstellt, so bildet die Bezeichnung das entsprechende äufsere Merkmal für die Existenz des verkörperten Begriffs — appellatio rei non genus, sed speciem significat.[129] — In diesem Sinne gelten auch die zum corpus ex distantibus vereinigten Gegenstände, obgleich sie „natura singuli" sind, im Ganzen nicht als abgesondert — non soluta —, sondern als einem Einheitsbegriff und der entsprechenden Benennung unterworfen — uni nomini subjecta. Nicht die körperliche Getrenntheit soll hier betont werden, nicht sie ist für das vorliegende Verhältnis mafsgebend, sondern der durch die universitas bewirkte Zusammenhang.

Immerhin mufs zugestanden werden, dafs die erwähnte doppelte Natur der Sachgesamtheit, je nachdem man die corpora plura als soluta oder conjuncta auffafst, einen verschiedenen Gesichtspunkt auch im Recht zuläfst. Man kann die gleiche faktische Erscheinung vereinigen oder differenzieren. Diese Doppelnatur der universitates hat dann freilich das Bild, welches wir aus der römischen Praxis gewinnen, in manchen Fällen seiner Einheit beraubt. Aber es kommt auch gar nicht darauf an, ob die klassischen Juristen den Begriff der Gesamtheit überall in gleicher Weise festgehalten haben, ohne irgendwo eine differenzierende Auffassung geltend zu machen oder nicht. In der That konnte ein corpus ex distantibus, z. B. eine Herde, in verschiedener Weise der Gegenstand von Rechtsgeschäften sein; man konnte die universitas als Ganzes veräufsern und jedes Viehhaupt getrennt.[130] Eine Schauspielertruppe von Sklaven wird als Gesamtheit verkauft oder jeder einzelne Artist gesondert. Das Objekt des Vertrages ist in diesem Falle nicht die Truppe, vielmehr eine bestimmte Anzahl von Sklaven, und ganz ebenso wird mit

einem Viergespann oder einem Trupp Sänftenträger verfahren. Das corpus ex distantibus bildet als Gesamtheit den Gegenstand von Vermächtnissen, im Legat können aber auch die einzelnen Stücke separiert aufgezählt werden.[131]

In allen hier angeführten Fällen handelt es sich keineswegs um den verschiedenartigen Ausdruck eines und desselben Geschäftswillens. Die Rechtsfolgen sind vielmehr durchaus ungleich, je nachdem ob Zusammenfassung oder Differenzierung bezweckt wurde. Die Perfektion des Kaufvertrages, die Haftung für Mängel und Entwehrung, alles das wird bestimmt durch den Charakter des Objektes, seine Einheit oder Vielheit. Die Bedeutung der Legate, ihre Zahl hängt ab von der Trennung der Einzelkörper oder ihrer Vereinigung zum Begriffsganzen.[132]

Diese Doppelnatur der Sachgesamtheit ist schon von Vangerow[133] erkannt und gewürdigt worden. Mit Recht hebt er hervor, dafs die universitates rerum als Ganzes und ebenso gut auch als Mehrheit einzelner Sachen in Betracht gezogen werden können. Es werde entweder ein neues Rechtsobjekt geschaffen, welches von den vereinigten Substraten zu scheiden sei, oder es sind mehrere Einzelsachen vorhanden, die blofs zufällig unter einem Namen zusammengefafst wurden. Vangerow kommt zum Schlufs, dafs es demgemäfs keine universitas gebe, die absolut, d. h. in jeder Beziehung und unter allen Umständen als Sachgesamtheit gelte, vielmehr könne eine jede solche Gruppe von Gegenständen bald als juristisches corpus ex distantibus, bald nur als faktischer Verband von Einzelsachen in Frage kommen.

Für uns ist hier vor allem der Umstand von Bedeutung, dafs die *σώματα ἐκ διεστώτων* trotz ihrer Begriffsnatur als selbständige Rechtsobjekte aufgefafst und dieser besonderen Natur entsprechend behandelt wurden. Ja selbst die gröfsere

oder geringere Menge von juristischen Konsequenzen, welche man aus dieser Sonderstellung zog, spielt hierbei keine Rolle, wofern nur eine eigene rechtliche Position mit eigenen rechtlichen Folgen für diese Sachkategorie bestand. Einen solchen Gesichtspunkt haben die klassischen Rechtslehrer in vollster Übereinstimmung mit den philosophischen Theorien vertreten nicht nur in Bezug auf Herden und Schwärme von tierischen Lebewesen, sondern ganz ohne Zweifel auch soweit Sachgesamtheiten jeder Art in Frage kamen.

Von besonderer Bedeutung ist hier die rechtliche Stellung des sog. instrumentum. Man versteht darunter Gesamtheiten der allermannigfaltigsten Objekte, welche durch eine gewisse Zweckbestimmung zum Ganzen verbunden werden. Diese Zweckbestimmung findet das instrumentum darin, dafs es in den Dienst einer anderen Sache gestellt ist. Die Alten haben uns eine genaue Aufzählung des instrumentum der allerverschiedensten Hauptsachen überliefert. Freilich gehören hierher auch Einheitskörper, welche durch den Dienstzweck an den herrschenden Gegenstand gebunden sind, meist aber werden ganze Gesamtheiten von Objekten zusammengefafst und in dieser Verbindung der Hauptsache gegenübergestellt.

Das instrumentum eines zum Acker- oder Gartenbau bestimmten Grundstückes bilden Arbeitssklaven jeder Art[134], welche der jeweilige Wirtschaftsbetrieb erfordert, ferner das Arbeits- und Mastvieh, jede Gattung von Wirtschaftsgerät und Maschinen, Behältnisse und Speicher zur Aufbewahrung der Ernte[135], des Saat- und Futterkorns.[136] Wie jede Einheitssache oder Sachgesamtheit können natürlich auch Herden das instrumentum eines Weidegrundstückes ausmachen, jedoch nur insofern als sie speziell zur Exploitation der fraglichen Triften dienten, z. B. als Weide- und Mastvieh. Sie hören auf, instrumentum

zu sein, sobald durch sie ein selbständiger, vom Grundstück unabhängiger wirtschaftlicher Zweck und Fruchterwerb verfolgt wird, wenn sie also beispielsweise eine Meierei bilden.[137]

Als instrumentum behandeln die römischen Juristen die Einrichtungen der Fabriken, Mühlen und anderer Industrieetablissements; sie führen uns in alle möglichen Werkstätten, zeigen uns die Betriebe der Maler, Fischer, Bäcker und Fleischer, das instrumentum der Bäder, kaufmännischen Magazine und Läden.[138] Das instrumentum eines Hauses bildet die Gesamtheit aller derjenigen Gegenstände, welche, ohne Bestandteil des Hausbegriffes zu sein, dem Gebrauch und der Erhaltung des fraglichen Gebäudes dienen.[139] Überhaupt ist das instrumentum wegen seiner selbständigen Begriffsnatur niemals Bestandteil der Hauptsache, sondern steht ihr als völlig abgesonderter Körper gegenüber. Dieses eigenartige Verhältnis zwischen dem herrschenden Gegenstand und dem instrumentum als corpus ex distantibus hat der Stoiker Paulus mit besonderem Nachdruck betont. Er verlangt vom instrumentum, daſs es zu einem anderen „genus“ gehöre, als die Hauptsache — instrumentum cujusque rei necesse est alterius generis esse. Die Schaluppe könne nicht instrumentum des Schiffes sein, weil sie sich von letzterem nur der Gröſse, nicht der Art nach unterscheide.[140] Unserem modernen Verkehrskriterium ist diese Distinktion gänzlich unverständlich, aber sie bietet ein treffliches Bild jener Begriffsverkörperung und Begriffsscheidung der Stoiker. Die citierte Stelle gehört eben zu denjenigen Quellenfragmenten, welche erst mit Hilfe der antiken Philosophie ins rechte Licht gestellt werden.

---

Die rechtliche Position des instrumentum wird durch zwei Momente wesentlich beeinflufst: Einmal im Unterschied von anderen Sachgesamtheiten durch seine dienende Stellung der herrschenden Sache gegenüber und sodann durch sein Verhältnis als corpus ex distantibus zu den Substraten als Einheitssachen — ἡνωμένα.

Die Beziehung zur sog. Hauptsache hat die Folge, dafs eine Verfügung über letztere niemals ohne Einflufs auf die Lage des instrumentum bleiben kann. Wird z. B. ein Vermächtnis über die herrschende Sache aufgehoben, so darf auch das instrumentum nicht aus dem Nachlafs gefordert werden, es sei denn, dafs in Bezug darauf ein abgesondertes Legat bestand.[141] War der Kaufvertrag über die Hauptsache nichtig, so gilt auch das instrumentum nicht als veräufsert.[142] Hiervon abgesehen bleibt es ein selbständiges Rechtsobjekt im Gegensatz zum Bestandteil, welchem eine eigene Sachqualität niemals zukommt.

Das instrumentum kann deshalb als Sachgesamtheit vindiziert werden. Der Legatar z. B. darf es mit einer dinglichen Klage als Ganzes fordern, wofern nur das Vermächtnis über die herrschende Sache giltig war[143], denn das Legat über das instrumentum wird, obgleich viele Einzelkörper in Frage kommen, dennoch als ein Legat angesehen, genau wie das Vermächtnis einer Herde, und beide Fälle stellen die klassischen Juristen nebeneinander.[144]

Wir können deshalb der Auffassung Göpperts[145] unmöglich beipflichten, wonach jene Vindikation der corpora ex distantibus angeblich nur auf Herden und Tierschwärme beschränkt war. Auch um eine Klagenkumulation handelt es sich hierbei nicht. Wir wollen zwar nicht bestreiten, dafs Vereinigungen von mehreren Klagen in einem Prozefs nicht

nur zugelassen wurden, sondern vielleicht auch häufig vorkamen. Selbstverständlich konnten zwei und mehr Sachen separiert mit einer Vindikation beansprucht werden, aber die einzelnen Objekte sind hierbei getrennt anzuführen und zu designieren, während diese Spezifizierung bei der Vindikation einer Sachgesamtheit nicht verlangt wird. Zwar macht Göppert für die vindicatio gregis in unserem Sinne ein Zugeständnis: „Die Gesamtklage sei hier auch dann gestattet gewesen, wenn das Eigentum des Klägers an den einzelnen Tieren aus verschiedenen Rechtstiteln herrührte und ferner sei die intentio auf ‚gregem meam esse' gestellt worden ohne Spezialbezeichnung und Zahlenangabe der einzelnen Häupter."[146] Dafür aber, dafs die vindicatio instrumenti anders gehandhabt wurde, ist Göppert uns den Beweis schuldig geblieben. Es will uns scheinen, dafs er etwas zu zerpflücken sucht, was die Quellen ganz unzweideutig als einheitliches Institut behandelten und dafs durch seine Darstellung die richtige Grundregel in eine Kette von Ausnahmen einem falschen, willkürlich aufgestellten Prinzip gegenüber verwandelt wird. Das instrumentum ist nicht minder ein objektiver Begriff wie die Herde. Es hat in seiner Zweckbestimmung ein ebenso festes Band, einen ebensolchen *τόνος* wie die Herde in ihrem sog. Seelentriebe. Meinungsverschiedenheiten über den Bestand eines instrumentum sind freilich denkbar, aber auch in Bezug auf die Zusammensetzung von Herden und Tierschwärmen sind Zweifel und Streitigkeiten nie ganz ausgeschlossen. Ja man könnte meinen, dafs die Bestimmung des instrumentum und die Beschaffenheit der herrschenden Sache den Thatbestand hinreichend klarlegen; der Interpretation bleibt auch hier nicht viel zu thun übrig.

Aus unserer Darstellung ergiebt sich mit Notwendigkeit, dafs die Vindikation eines corpus ex distantibus unmöglich

auf sog. Vermögensmassen ausgedehnt werden darf.[147] Das Sondervermögen — die Erbschaft, die dos oder das peculium — ist keine Sachgesamtheit, weil es nicht nur körperliche Substrate als Bestandteile umfaſst, sondern auch Rechte und Forderungen. Hier bleibt dann freilich nichs übrig, als die einzelnen res corporales, welche dazu gehören, wie selbständige Vindikationsobjekte zu beurteilen:

L. 56. Dig. de rei vind. 6. 1. Julianus libro septuagensimo octavo digestorum: Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet.

Es war daher einer der gröſsten Miſsgriffe der früheren Litteratur, die universitas juris neben die universitas facti oder Sachgesamtheit zu stellen und in gewisser Hinsicht analog zu behandeln. Die sog. Universalklage, welche in Bezug auf Erbschaften und Pekulien geltend gemacht wurde, ist keine rei vindicatio und hat sowohl ihrer Konstruktion als auch dem Objekt nach einen anderen Charakter.

Dagegen besteht eine ausgesprochene Verwandtschaft zwischen der dinglichen Klage auf Herausgabe des *σῶμα ἐκ διεστώτων* und der vindicatio quantitatis, denn auch hier wird die Menge gleichartiger Gegenstände als einheitlich abgeschlossener Sachinbegriff behandelt, welcher die einzelnen fungibeln Stücke oder Flüssigkeitsquantitäten umfaſst und absorbiert.[148]

Der Einheitsbegriff des corpus ex distantibus wird ferner in den Quellen dadurch bestätigt, daſs an ihm ein selbständiger Nieſsbrauch zugelassen wird.[149] Dieses Prinzip ist mit solcher Bestimmtheit ausgesprochen und wiederholt, daſs es kaum als verständlich erscheint, wie man an ihm zweifeln konnte. Die klassischen Juristen unterschieden sogar scharf den ususfructus

an der Sachgesamtheit als Ganzem vom Niefsbrauch an den einzelnen dahin gehörigen ἡνωμένα oder Einheitssachen:

L. 10. § 8. Dig. quibus modis us. fr. amitt. 7. 4. Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum: Quadrigae usu fructu legato si unus ex equis decesserit, an extinguatur usus fructus quaeritur. ego puto multum interesse, equorum an quadrigae usus fructus sit legatus: nam si equorum, supererit in residuis, si quadrigae, non remanebit, quoniam quadriga esse desiit.

Man sieht sogleich, welches Gewicht hier auf die Existenz und den Fortbestand des Inbegriffs gelegt wird.

Göppert[150] hat die Ansicht ausgesprochen, dafs der selbständige Begriffscharakter der Sachgesamtheit bei dieser Entscheidung gar keine Rolle gespielt habe. Nicht der Untergang des corpus ex distantibus sei für das Erlöschen des ususfructus von Bedeutung, sondern die Thatsache, dafs der Gebrauch eines Viergespannes sich wesentlich von der Verwendung einer bestimmten Anzahl einzelner Pferde unterscheide. Durch den Fortfall eines Pferdes würden die drei übrig bleibenden zu derjenigen Benutzung untauglich, zu welcher die quadriga bestimmt war. „Wollte man, fährt er fort, das Erlöschen des Niefsbrauches daraus erklären, dafs nicht die einzelnen Tiere, sondern das Viergespann sein Objekt bilde und dieses Objekt untergegangen sei, so müfste man auch die gleichfalls den Niefsbrauch zerstörende Verwendung eines zum Schauspieler ausgebildeten Sklaven für andere Dienste und ähnliches als Untergang der betreffenden Sachen ansehen.“

Diesem Vergleich kann unmöglich zugestimmt werden. Göppert hat es unterlassen anzugeben, welche besondere Verwendung der quadriga die Quellen seiner Meinung nach im Auge hatten. Das einzige, woran man hierbei denken könnte,

wäre die Benutzung zum Rennen im Cirkus. Nun wissen wir aber, daſs neben Viergespannen sehr häufig auch Drei- und Zweigespanne in der Arena erschienen.[151] Man kann also unter keinen Umständen sagen, daſs die Nutzungsweise jener übrig gebliebenen Pferde eine ganz andere gewesen sei, als diejenige der quadriga und daſs die Aufhebung des Legats aus diesem Grunde erfolgte. Die wahre Ursache giebt uns der klare, ungekünstelte Text der Quellen an, sie liegt darin, daſs jenes im Vermächtnis bezeichnete Begriffsganze des Viergespannes im Nachlaſs nicht mehr vorhanden ist.

Einen weiteren Beleg für den Einheitsbegriff der *σώματα ἐκ διεστώτων* finden wir in dem Umstand, daſs die Jungen von Herdentieren nicht als Früchte der letzteren gelten, sondern als Bestandteile oder Zuwachs der Sachgesamtheit. Sie werden nicht vom Ganzen abgeteilt, sondern gehen in ihm auf:

> L. 39. Dig. de usur. et fruct. 22. 1. Modestinus libro nono differentiarum: Equis per fideicommissum legatis post moram heredis fetus quoque debentur. equitio autem legato etiamsi mora non intercedat, incremento gregis fetus accedunt.[152]

Diese Entscheidung ist in doppelter Hinsicht von Bedeutung. Einmal kann die Einheitssache als Substrat und Bestandteil der Gesamtsache überhaupt keine Frucht tragen; ihre selbständige Existenz wird damit eingeschränkt, ja sogar wirtschaftlich geleugnet. Sodann enthält das Fragment ein treffliches Beispiel für jene antike Auffassung, wonach zwischen den Teilen und natürlichen Früchten einer Sache kein prinzipieller Unterschied gemacht wird. Denn ein und dasselbe Tierjunge kann entweder Bestandteil oder Frucht sein, je nachdem es zur Vervollständigung und Ergänzung der Herde dient, oder als Überschuſs über den normierten Bestand erscheint.

Letzterer wird bestimmt durch die Anzahl, welche bei Errichtung des Niefsbrauches vorlag. Alles, was späterhin erzeugt wurde, bildet die Frucht der Gesamtsache, insofern es nicht zur Erhaltung des Komplekts erforderlich ist:

L. 68. § 2. Dig. de usu fructu. 7. 1. Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum: Plane si gregis vel armenti sit usus fructus legatus, debebit ex adgnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum.

L. 69. Pomponius libro quinto ad Sabinum: vel inutilium alia summittere, ut post substituta fiant propria fructuarii, ne lucro ea res cedat domino. et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque ex natura fructus desinunt ejus esse: nam alioquin quod nascitur fructuarii est et cum substituit, desinit ejus esse.

Jetzt wird auch die Verpfändbarkeit der corpora ex distantibus nicht mehr angefochten werden können. Sie ist keine Singularität, keine mifsverständliche Erscheinung, die besonderer Erklärungen bedarf, sondern das notwendige Glied eines ganzen Systems, und zwar erstreckt sie sich nicht nur auf Herden[153], sondern auch auf andere Sachgesamtheiten, wie z. B. Kaufläden, Warenlager u. dergl. Wiederum bestreitet Göppert[154], dafs es sich um die Verpfändung eines *σῶμα ἐκ διεστώτων* handele. Es gebe keinen Rechtssatz dieses Inhalts und eine darauf gerichtete Absicht der Parteien sei niemals zu vermuten. Das ist völlig unbegründet; die Quellen behandeln die „taberna“ selbst als Pfandobjekt und wissen von einer besonderen Verabredung der Parteien in Bezug auf die einzelnen Warenkörper nichts zu berichten:

L. 34. pr. Dig. de pignoribus 20. 1. Scaevola libro vicesimo septimo digestorum: Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil

egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

Den Juristen beschäftigt hier keineswegs die Frage nach der Verpfändbarkeit der Sachgesamtheit als solcher. In dieser Hinsicht bestehen, wie es scheint, keine Zweifel. Die Bedenken beziehen sich vielmehr auf die unvermeidlichen Änderungen, welche während der Dauer des Pfandnexus in der Zusammensetzung des corpus ex distantibus vor sich gehen. Dieser stete Wechsel der Substrate wird durch den Betrieb des Geschäftes bedingt, er hat aber auf die Haftung des ganzen Inbegriffs ebenso wenig Einfluſs, wie der natürliche Stoffwechsel auf die rechtliche Stellung der Einheitssache oder die Reparatur eines zusammengesetzten Objekts — *σονημμένον* — auf seine Lage im Verkehr.[155] In dieser Hinsicht sind sich alle Gegenstände gleich. Es ist selbstverständlich, daſs die hier berührte Frage nach dem Wechsel im Bestande nur bei denjenigen Sachgesamtheiten auftauchen kann, deren Zweckbestimmung und Existenz durch jenen Vorgang beeinfluſst wird. Dahin gehören vor allem Herden, Warenlager, Kaufläden, das Instrumentum resp. Inventar eines Landgutes oder einer anderen Hauptsache u. s. w. Bei *σώματα ἐκ διεστώτων* mit stabilem Charakter sind solche Änderungen in der Zusammensetzung ausgeschlossen, es gilt somit der einmal vorhandene Komplex als verpfändet und jeder abgetrennte oder sonst wie veräuſserte Bestandteil bleibt unter dem Pfandnexus.[156]

Göppert[157] hat auf Schwierigkeiten in der Kontrolle des Schuldners hingewiesen und darin ein natürliches Hindernis bei der Verpfändung von Sachgesamtheiten finden wollen. Schwerlich mit Recht. Solange ein Kaufladen ordnungsmäfsig besteht und geleitet wird, ist eine Kontrolle des Inhabers ebenso erforderlich oder überflüssig wie bei einem verpfändeten Landgut oder Gebäude. Letztere können durch den Schuldner ebenso leicht heruntergewirtschaftet und entwertet werden, wie ein kaufmännisches Magazin. Dagegen liegt der augenscheinliche Vorteil, ja die wirtschaftliche Notwendigkeit des Pfandgeschäfts über Gesamtheiten von Mobilien darin, dafs der Schuldner sein Gewerbe ohne Störung weiter treiben kann und in der Benutzung des Pfandobjekts nicht behindert ist. Schliefslich weist Göppert noch darauf hin, dafs „wenn die Natur der universitas hier überhaupt influierte, ihr Einflufs nicht mit dem Tode des Verpfänders erlöschen durfte".[158] Auch dieser Einwand ist unbegründet. Es wird allerdings der Tod des Verpfänders als wesentliches Moment erwähnt. Trotz ständigen Wechsels in der Zusammensetzung der Sachgesamtheit soll sich beim Ableben des Schuldners der Pfandnexus endgültig auf alles in der taberna vorhandene erstrecken. Hierin liegt indessen keine Abschwächung der rechtlichen Bedeutung des corpus ex distantibus, nur daran werden wir erinnert, dafs ein Kaufladen als universitas blofs so lange besteht, als ihn ein Handel treibendes Subjekt leitet. Vom Erben aber ist es noch nicht gewifs, ob er das Unternehmen weiter führen kann und will. Nach dem Tode des Pfandschuldners mufs daher stets mit der Möglichkeit einer Liquidation des verpfändeten Magazins gerechnet werden und für diesen Fall soll sich die Haftung in Bezug auf alles im Geschäft Vorhandene gewissermafsen krystallisieren. Stellt es sich aber später heraus, dafs der

Fortbestand des Kaufladens auch nach dem Tode des Verpfänders gesichert ist, dann freilich braucht auch keine Änderung in der Pfandhaftung einzutreten. Die ganze Frage wird hier aus dem einfachen Grunde aufgeworfen, weil das Ableben des Schuldners nach der besonderen Natur des hier verpfändeten Objekts auf den Bestand und Wert des letzteren von Einfluſs sein kann, wodurch natürlich auch das Pfandrecht in Mitleidenschaft gezogen wird.

Wie steht es mit dem Eigentum an den Sachgesamtheiten? Ist ein solches ohne weiteres aus der Vindikation abzuleiten oder nicht? Man wird das bejahen müssen, denn die vindicatio rei setzt das dominium in derjenigen Gestalt voraus, wie es in der Klageformel bezeichnet wurde und davon abgesehen findet sich eine genaue Analyse oder Definition des Eigentumsrechts bei den klassischen Rechtslehrern bekanntlich überhaupt nicht. In dieses klare Verhältnis wird eine gewisse Verwirrung dadurch hineingetragen, daſs die Quellen keinen Besitz an den corpora ex distantibus anerkennen.[159] Vom rein konstruktiven Gesichtspunkt aus könnte man die Frage aufwerfen, weshalb z. B. die stoischen Juristen in Bezug auf diese verkörperten Begriffe nicht die possessio zulieſsen, es wäre das eine Konsequenz gewesen, die man auf den ersten Blick aus den Sätzen ihres Systems vielleicht doch hätte ableiten dürfen. Dem stand aber die strenge Analyse der Besitzlehre gerade durch die Stoiker im Wege. Zwar der animus als Begriffsherrschaft durfte auch auf universitates erstreckt werden, unter dem corpus aber versteht man das Verhältnis des physischen Kontakts zum greifbaren Körper und in dieser Frage haben sich die Stoiker scheinbar der aristotelischen Auffassung von den res corporales genähert. Eine ganz besonders realistische Definition des corpus finden wir beim Stoiker

Paulus: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.[160] Man hat deshalb allgemein den Sachinbegriff von der Einwirkung des Besitzes und der Ersitzung ausgeschlossen. Das bedeutet freilich einen gewissen Unterschied in der Behandlung der Einheitssache und der Sachgesamtheit, welcher indessen die dingliche Natur der letzteren nicht beeinträchtigen kann.

Zum Schlufs bedarf es eines Hinweises auf die rechtliche Stellung der im corpus ex distantibus aufgegangenen Einheitssachen. In wie fern, fragen wir, bewahren jene Objekte sich ein selbständiges rechtliches Schicksal? Es unterliegt gewifs keinem Zweifel, dafs jederzeit Rechtsgeschäfte über solche ἡνωμένα zulässig sind, dafs der Besitz an ihnen gesondert ausgeübt wird[161] und dafs zu jeder Zeit ein einzelnes Stück aus der Herde oder dem Instrumentum veräufsert oder mit der dinglichen Klage beansprucht werden darf. Aber auch bei der Einheitssache sind wesentliche Bestandteile durch die actio ad exhibendum ablösbar und vindizierbar.[162] Nur mufs bei diesen Vindikationen das Ganze strengstens vom Substrat geschieden werden. Denn ist z. B. über die Herde einmal vergeblich prozessiert worden, so kann man nachträglich nicht das Eigentum an den einzelnen Tieren geltend machen. Die Entscheidung, welche das Ganze betrifft, erstreckt sich von selbst auf alle Bestandteile:

L. 7. pr. Dig. de except. rei jud. 44. 2. Ulpianus libro septuagensimo quinto ad edictum: Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatae nocet, nam pars in toto est: eadem enim res accipitur et si pars petatur ejus, quod totum petitum est . . . item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit,

deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat: item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem.

Genau wie beim Hause die Balken,[163] beim Schiff die Planken, so werden in ihrer Beziehung zur Herde die einzelnen Tiere nur als Bestandteile angesehen:

L. 21. § 1. Dig. eod. Pomponius libro trigesimo primo ad Sabinum: Si petiero gregem et vel aucto vel minuto numero gregis iterum eundem gregem petam, obstabit mihi exceptio. sed et si speciale corpus ex grege petam, si adfuit in eo grege, puto obstaturum exceptionem.

Von praktischer Bedeutung ist demnächst die Frage, wie lange die Gesamtheit trotz Minderung der Substrate noch als fortbestehend gelten soll? Jede Verringerung des Bestandes, die sich mit dem Begriff als solchem nicht verträgt, zieht seinen Untergang nach sich. Das haben wir z. B. beim Viergespann gesehen, welches mit dem Fortfall auch nur eines Pferdes zu existieren aufhört.[164] Im übrigen kommt alles darauf an, ob nach jener Minderung der Einzelsachen der Rest sich noch als eine universitas darstellt:

L. 31. Dig. quibus modis us. fr. amitt. 7. 4. Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium: Cum gregis usus fructus legatus est et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intellegatur, perit usus fructus.

Zwar die Grenze des Abganges einzelner Stücke, hinter welcher von einer Existenz der Gesamtsache nicht mehr die Rede sein kann, giebt uns der Jurist nicht an, ihre Bestimmung wird den Anschauungen des Verkehrs überlassen. Der Untergang tritt beispielsweise dann ein, wenn die übriggebliebenen Stücke nicht mehr den dem Ganzen entsprechenden Gebrauch oder Fruchtgenufs ermöglichen. Beim Vermächtnis eines corpus ex distantibus können trotz Unterganges der

Gesamtheit die noch vorhandenen Einzelsachen vom Legatar vindiziert werden nach dem allgemeinen Satz: meum est, quod ex re mea superest, cujus vindicandi jus habeo.[165] Natürlich wird vorausgesetzt, dafs der Testator nicht selbst jene Minderung vorgenommen habe; sie mufs durch höhere Gewalt oder doch unabhängig von seinem Willen eingetreten sein. Die Vernichtung des corpus ex distantibus durch den Erblasser selbst wäre als stillschweigende Aufhebung des Vermächtnisses anzusehen. Die Quellen legen hier deshalb besonderes Gewicht auf den zufälligen Tod der Tiere als Grund jener Reduzierung der Herde bis aufs letzte Stück, welches dann immer noch gemäfs dem Wunsche des Testators dem Legatar herauszugeben ist. Schliefslich ergiebt sich hieraus ein Unterschied zwischen dem Vermächtnis zum Niefsbrauch und zu Eigentum. Ersteres erlischt mit dem Untergang der Sachgesamtheit spurlos, weil an den Trümmern eines Gegenstandes der ususfructus nicht bestehen kann, beim Legat des corpus ex distantibus zu Eigentum darf das Recht, wie wir gesehen haben, am Rest fortdauern und geltend gemacht werden.[166]

---

Auf Grund des gleichen Materials sind wir zu wesentlich anderen Schlüssen gelangt als Göppert. Letzterer stand völlig auf dem Boden jener modernen Rechtsauffassung, die grundsätzlich jeden philosophischen Aufbau verwirft und wo sich die Spuren eines solchen finden, darin nur allgemeine Redensarten ohne praktische, ja konstruktive Bedeutung erkennen will. Dank dieser vorgefafsten Meinung ist Göppert schliefslich dahin gelangt, die Konsequenzen und Wirkungen der philosophischen Ideen sogar dort, wo sie in den Quellen

mit überzeugendster Klarheit zu Tage treten, durch sehr gekünstelte Interpretationen zu verdunkeln. Die Lehre von den corpora ex distantibus gehört freilich zu denjenigen Gebieten, auf welchen die Juristenphilosophie nicht eigentlich neue Rechtsbegriffe schafft. Die Vindikation der Sachgesamtheiten, welche, wie es scheint, bereits die älteste Praxis tastend und suchend auf Grund ihres Gefühls anerkannte, wird von den klassischen Rechtslehrern als eine in ihrem innersten Wesen begründete philosophische Notwendigkeit hingestellt und in ihren logisch-juristischen Konsequenzen weiter entwickelt.

Wir werden im folgenden zu einer Reihe von Fragen übergehen, wo die philosophischen Kategorien direkten konstruktiven Einflufs erwarben und sich daher mit gröfserer Bestimmtheit erkennen lassen und wir sind überzeugt, dafs auch Göppert an die Lehre von den corpora ex distantibus mit einer anderen Auffassung herangetreten wäre, wenn er seine Untersuchungen weiter ausgedehnt und eine rechte Vorstellung vom Umfang und Einflufs der klassischen Juristenphilosophie gewonnen hätte.

Von unserem Standpunkt aus müssen wir es als einen wichtigen Fortschritt begrüfsen, dafs im bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich die selbständige Kategorie des Sachinbegriffs Anerkennung und Aufnahme gefunden hat. Die praktischen Wirkungen, welche dieser wichtige Schritt nach sich zieht, sollen in einem anderen Zusammenhang untersucht werden.[167]

---

Zweites Kapitel.

# Die Entstehung, der Untergang und die Veränderung der Körper.

## § 4. Die Lehre von der Spezifikation.

Zu den Einzelfragen, welche man auch noch heute mit Vorliebe spezieller Untersuchungen würdigt, gehört die Theorie vom Eigenthumserwerb durch Umarbeitung oder Umgestaltung der Körper. Dieses Thema wurde für besonders modern gehalten, weil es eine gewisse Ausbeute vom wirtschaftlichen oder sozialen Standpunkt aus bot oder versprach. Und dennoch hat man bisher weder für das römische Recht noch für die neueste Gesetzgebung solche grundlegende Kriterien zu finden vermocht, welche allseitig befriedigten. Das Ergebnis davon sind in der Literatur zahlreiche sich sehr widersprechende Einzelforschungen[168] und in der Kodifikation gröfste Mannigfaltigkeit der Gesichtspunkte.

Neuerdings hat man die Frage ganz auf den Boden des heutigen Wirtschaftslebens stellen wollen. Die Kategorien und Wertbestimmungen der modernen Nationalökonomie wurden als Schlüssel zu ihrer Lösung angesehen. Arbeit und Kapital — das waren die Schlagworte, die immer wieder auftauchten; den Schutz der redlichen Arbeit gegenüber den Ansprüchen des Eigentums sollte das Rechtsverhältnis fördern, jedes produktive Schaffen vor allem sichern. Denn mochte

man davon ausgehen, dafs durch die Thätigkeit des Spezifikanten eine neue, bisher noch nicht vorhandene Sache erzeugt oder eine blofse Umgestaltung des Stoffes herbeigeführt sei, in jedem Falle erscheine die Arbeit als ein wesentliches Moment. Menschliches Ingenium, menschliche Mühe hätten das Ding hervorgebracht, welches nunmehr vorliege, und ohne ihre Mitwirkung wäre jene Veränderung undenkbar. Die Arbeit habe geschaffen, die Arbeit erwerbe. Diese Folgerung hat sich den neueren Juristen mit solcher Macht aufgedrängt, dafs sie die gleiche Auffassung ohne Bedenken auch den römischen Rechtslehrern zuschrieben.[169]

Und dennoch ist die Arbeit als erwerbende Kraft in der Spezifikationslehre des Corpus juris kaum der Beachtung gewürdigt worden und keine einzige von allen hier in Frage kommenden Theorien nimmt auf diesen ökonomischen Faktor Rücksicht. Ja wir dürfen mit Bestimmtheit behaupten, dafs die römischen Schulmeinungen sich von volkswirtschaftlichen Erwägungen im modernen Sinn überhaupt nicht haben leiten lassen. Neben rein privatrechtlichen, zum Teil auch prozessualen Gesichtspunkten sind hier vorzugsweise diejenigen philosophischen Naturlehren mafsgebend gewesen, von welchen das Zeitalter der klassischen Rechtslehrer erfüllt war.[170]

Bei der Spezifikation kommt dem römischen Juristen alles darauf an, ob trotz der Verarbeitung des Stoffes das alte Eigentum noch vorhanden ist, oder ob an der nova species ein neues Recht entsteht. Ohne Zweifel ist das eine juristische Frage, aber ihre Lösung hängt ab von der thatsächlichen oder physischen Bedeutung jeder Umgestaltung und dementsprechend mufs festgestellt werden, ob die Umarbeitung gleichbedeutend mit der Zerstörung der bisherigen Sache und der Erschaffung einer neuen ist

oder nicht.[171] Es fragt sich mit anderen Worten, welches sind die Voraussetzungen für die Entstehung und das Vergehen der körperlichen Dinge? War es hier nicht zulässig sich Rat zu holen bei den Lehren der Metaphysik über den Ursprung und Untergang der natürlichen Sachen? Wir halten es für keinen Zufall, dafs gerade in der Spezifikationstheorie dank dieser ihrer tieferen Grundlagen sich die Gegensätze der antiken Juristenschulen mit besonderer Schärfe geltend machten.

## I. Die Auffassung der Prokulianer.

Labeo und seine Anhänger sprechen bekanntlich das Eigentum an der nova species demjenigen zu, der sie hergestellt hat.[172] Dieser Ansicht wurde von einzelnen modernen Schriftstellern eine wichtige reformatorische Bedeutung beigelegt. Man wollte darin den Ausdruck eines neuen sozialen und wirtschaftlichen Geistes erkennen, eines der ältesten Anzeichen des bewufsten Überganges von der Natural- zur Geldwirtschaft.[173]

Der hohen Kultur Griechenlands und Ägyptens hätten die Römer zunächst aufgeklärtere, richtigere Vorstellungen von der schaffenden Kraft der Kunst und des Gewerbes verdankt. Diesem Fortschritte sei dann auch die Rechtswissenschaft gefolgt, indem sie der produktiven Arbeit eine selbstständige Stellung eingeräumt, ja ihr sogar die Fähigkeit beigelegt habe, direkt Eigentum zu erzeugen.[174] Die Achtung vor dem kulturellen Wert der Arbeit sei für die Prokulianer der Grund gewesen, weshalb sie den Spezifikanten als Produzenten im Besitze der umgestalteten Sache beliefsen und schützten und ihm schliefslich das Eigentum an der nova species zusprachen. Es wird ferner behauptet, dafs jener ökonomischen Reform ein Zustand schrankenloser Herrschaft

der Naturalwirtschaft vorausgegangen sei.[175] Nach den hierbei geltenden Grundsätzen habe jedermann sich regelmäfsig aus seinem eigenen Material selbst hergestellt, was er brauchte; natürlich mufste in jenem Urzustande auch jedem dasjenige zugestanden werden, was andere aus seinem Material angefertigt hatten. Diesen ursprünglichen Verhältnissen entspreche sogar noch die Behandlung der Spezifikation bei den Sabinianern.[176]

Die obige Auffassung, welche am eingehendsten und umständlichsten von Czyhlarz vertreten wird, beruht ohne Zweifel auf einer falschen Methode in der Erklärung der hierbei in Frage kommenden Quellenzeugnisse. Die sog. Produktionstheorie stützt sich ganz ausschliefslich auf den Ausdruck: „dominum esse, qui fecerit“.[177] In diesem „fecerit“ liegt aber keineswegs eine Wiedergabe der Motive für die Entscheidung des Prokulus und Nerva, es soll damit nur die Person des Spezifikanten bezeichnet werden. Das „facere“ ist in diesem Zusammenhang auch kein Hinweis auf die Arbeit als auf einen wirtschaftlichen Faktor. Is qui fecerit kann nur derjenige sein, welcher die Entstehung der nova species herbeigeführt, bewirkt hat, und was für einer Umschreibung sollte man sich hier denn bedienen, da nun einmal eine konkrete Bezeichnung für diesen Begriff in der damaligen Rechtssprache fehlte?

Die Motive zur Lehre der prokulianischen Schule werden uns an einer einzigen Stelle mitgeteilt. Sie lauten: „quia quod factum est, antea nullius fuerat“.[178] Hiervon abgesehen finden wir in den Quellen keinerlei weitere Erklärungen; auf jene Worte ist also das Schwergewicht zu legen.

Mag man diesen Satz nun wenden und pressen, wie man will, um daraus bald die sog. Occupationstheorie, bald die

Kreationslehre, bald das Accessionsprinzip zu formen, mit unumstöfslicher Sicherheit lassen sich aus ihm nur zwei Thatsachen ableiten: einmal, dafs die Prokulianer die nova species als eine neue, selbständige Sache ansahen und sodann, dafs an diesem neugeschaffenen Gegenstand vor der Hand niemandem Eigentumsrechte zukommen sollten.

Wiederholt ist schon die freilich sehr unbestimmte Vermutung ausgesprochen worden, dafs die prokulianische Spezifikationstheorie möglicherweise nicht ohne Einwirkung der Stoa entstanden sei. Eine Andeutung davon finden wir zuerst bei Everardus Otto.[179] Ganz dasselbe ist nachher ohne den geringsten Zusatz und ohne jede Erläuterung wiederholt worden von Heineccius,[180] Eckhard,[181] Gesterding,[182] Rein[183] und Meykow.[184] Letzterer hat sogar seiner Ansicht eine kurze Begründung hinzugefügt, jedoch, in völliger Verkennung der Eigenart des stoischen Materialismus, das Schwergewicht auf die Anerkennung des menschlichen Willens gelegt, welche sich in jenem Einflusse der stoischen Philosophie geltend mache. Diese Darstellung ist nicht nur an sich falsch, sondern sie ist auch aus dem Grunde ganz besonders zurückzuweisen, weil in ihr ein weiterer Versuch zur Rechtfertigung der sog. Arbeitstheorie gefunden werden könnte.

Ohne Zweifel hat die Lehre von der sog. Spezifikation unter der Einwirkung metaphysischer Systeme gestanden, ja sie kann in ihrer Entwicklung überhaupt gar nicht begriffen werden, wenn man nicht die antike naturphilosophische Lebensauffassung berücksichtigt. Andererseits aber ist es geradezu überraschend, wie sich in dieser höchst verworrenen Lehre alles ordnet und lichtet, sobald man auf die philosophischen Quellen zurückgreift. Interessant ist ferner, dafs im gegebenen Fall die stoischen Auffassungen nicht ausschliefslich dominieren;

es handelt sich hier vielmehr um einen Gegensatz von peripatetischen Ansichten und rein stoischen Einflüssen. Auf diesen Gegensatz lassen sich die verschiedenen Lehrmeinungen der Prokulianer und Sabinianer zurückführen, während in der sog. media sententia abgeklärte, spätstoische Anschauungen zur Herrschaft gelangen.

Im Mittelpunkte der ganzen Spezifikationstheorie steht die nova species. Ob etwas Neues entstanden ist und wie es entstand, das sind diejenigen Fragen, welche den Juristen in erster Linie beschäftigen. Alles Entstehen aber ist sowohl in den Augen des Rechtslehrers als auch des Philosophen bedingt durch zwei Faktoren — die Materie und die Form. Die verschiedene Beurteilung des Wertverhältnisses jener beiden Faktoren liegt dem Schulstreite zu Grunde.

Da in der labeonisch-prokulianischen Theorie peripatetische Grundsätze zur Anwendung gelangen, so müssen wir zuvor auf dieses System zurückgreifen.

Ein Werden, ein Entstehen aus Nichts, so lehrt Aristoteles, giebt es nicht. Drei Momente liegen dem Werden zu Grunde: die Materie — *ὕλη* —, die Form — *εἶδος, μορφή, λόγος* — und die sog. Beraubung — *στέρησις*. Die Letztere ist „keine positive Realität“, sie ist ihrem Begriff nach ein Nicht-Seiendes, die Unform, welche der Form entgegengesetzt ist, und aus der heraus das Werdende geschieht. Von den erwähnten drei Momenten haben somit blos zwei eine positive Bedeutung: die Materie und die Form.[185]

Beide stehen in den allerinnigsten Beziehungen. Die Materie ist die passive, träge Masse, welche von der Form bestimmt und begrenzt wird. Sie bildet die Möglichkeit alles Seins, das durch die Form erst zur Wirklichkeit erhoben wird. An sich also ist die Materie Nichts, aber sie ist not-

wendig zur Erreichung eines Zweckes und hierin liegt einzig und allein ihre Kraft und ihr Einflufs. Vergleicht man demnach das Wertverhältnis von Form und Materie, so ergiebt sich, dafs die Form in jeder Hinsicht als das Wesentliche und Überwiegende erscheint. Die Materie geht, nachdem sie einmal die Form in sich aufgenommen hat, zu Grunde. Mit ihr verschwindet auch das negative Prinzip der Unform — *στέρησις*[186] —, da es sich natürlich nicht mit der neu entstandenen Form verträgt. Die Materie ist nur insofern von gewisser Bedeutung, als jede Sache die einem bestimmten Zwecke dienen soll, eine entsprechende Materie haben mufs, welche überhaupt die Erreichung jenes Zweckes ermöglicht. So z. B. ist es erforderlich, dafs die Handwerksgerätschaften des Schmiedes oder Zimmermannes aus hartem Stoff, also etwa aus Metall, seien, und nicht gar aus Wachs oder Wolle; ein solches Material wäre unvereinbar mit dem Zwecke, welcher mit Hilfe dieser Sachen verfolgt wird.[187]

Aber das Wesen der Einzelsubstanz, der Individualsache ist trotz allem die Form.[188] Sie ist das Seiende schlechtweg. Es entstehen und vergehen nur die Dinge, welche aus Form und Stoff zusammengesetzt sind, nicht aber Form und Stoff selbst.[189]

Damit nun die Materie als potentielles Sein auch zur Wirklichkeit gelange, bedarf es der treibenden Ursache, der Bewegung — *κίνησις*. „Das Erz, als Stoff, enthält in sich die Möglichkeit, zur Bildsäule, d. h. zur Wirklichkeit zu werden.“ Aber hierzu bedarf es noch der treibenden Kraft des Künstlers.[190]

Beim Werden oder Entstehen der Individualsache gebührt also, nach Aristoteles, dem *εἶδος* oder, wie sich die Lateiner ausdrücken, der species[191] das absolute Übergewicht. Die

Materie ist in dieser nova species nicht mehr vorhanden, sie ist von letzterer verbraucht, verschlungen. Die neue Form gelangt im Namen, welchen wir dem Gegenstande beilegen, zu einem geschlossenen Ausdruck. Die Umgestaltung der ὕλη zu einem neuen εἶδος — species kann im Verkehr nur dort anerkannt werden, wo die wesentlich neue Erscheinung auch eine neue Benennung hervorruft und bedingt. Neue species — neuer Name.[192]

Man kann sich leicht davon überzeugen, dafs die aristotelische Lehre von der Entstehung der Dinge die direkte Grundlage der prokulianischen Spezifikationstheorie bildete. Es ist möglich, dafs diese Einwirkung auf Labeo und seine Nachfolger durch Vermittlung der neueren Peripatetiker vor sich ging, die im allgemeinen zwar auf aristotelischem Boden standen, indessen sich in manchen Anschauungen auch den Stoikern näherten.[193] Jedenfalls sind die Prokulianer ganz ausschliefslich durch jene Auffassung des Wertverhältnisses von Materie und Form dahin gelangt, die ὕλη in jeder neu geschaffenen Sache völlig zu ignorieren und alles von dem εἶδος — der nova species, welche den Stoff verschlingt, in Abhängigkeit zu setzen. In Verbindung mit dieser philosophischen Grundanschauung haben die strengen römischen Prozefsformen dann das Erlöschen aller bisherigen dinglichen Rechte an der neu entstandenen Sache herbeigeführt.

Da in dem neuen εἶδος die Materie als vernichtet erscheint, so können die mit ihr verbundenen rechtlichen Beziehungen nicht fortbestehen. In diesem Sinne stellt sich die nova species immer als eine res nullius dar.[194] Und weil die neugeschaffene Sache zugleich mit dem besonderen εἶδος auch eine andere Bezeichnung — appellatio — erhält, so darf sie vom bisherigen Eigentümer des Stoffes nicht mehr vindiziert

werden. Der dominus materiae kann keine dingliche Klage mehr anstellen mit der Formel: „si paret illum armarium Auli Agerii esse“, weil etwa die Bretter, aus welchen der Schrank angefertigt wurde, sein Eigentum waren. *Εἶδος* und Bezeichnung jener Bretter bestehen nicht mehr, daher greift in Bezug auf sie die Regel Platz: „exstincta res vindicari non potest“.[195] In der dinglichen Klageformel mufs vor allem die zu vindizierende Sache genannt werden und der Eigentümer des verarbeiteten Stoffes dringt hier mit derjenigen Bezeichnung nicht durch, welche dieser Stoff trug, als er noch seine unveränderte Gestalt bewahrte.[196] Den deutlichsten Beweis für die Richtigkeit gerade dieser Darstellung bietet uns Labeo selbst:

L. 29. § 1. Dig. de donat. inter vir. et uxor. 24. 1. Pomponius libro quarto decimo ad Sabinum: Si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait. L. 30. eod. Gaius libro undecimo ad edictum provinciale: utilem tamen viro competere.

Der Mann hat seiner Frau ein Stück Tuch oder Wolle geschenkt. Da liberale Zuwendungen unter Ehegatten im allerweitesten und strengsten Sinne untersagt sind, so ist dieses Rechtsgeschäft nichtig, die Frau erwirbt aus ihm trotz geschehener Tradition kein Eigentum, der Mann verliert das seine nicht und kann es durch jede beliebige dingliche Klage geltend machen und schützen. Nun hat aber die Frau diesen immer noch dem Manne gehörigen Stoff spezifiziert, indem sie sich daraus ein neues Kleid machen liess. Letzteres empfängt ein anderes *εἶδος* und eine andere Benennung, als das Material, aus dem es gefertigt wurde. An einer Sache mit dieser neuen Bezeichnung hat aber der Mann niemals Eigentum besessen, eine Vindikation ist somit ausgeschlossen. Bei bedingungsloser

Anerkennung eines solchen Zustandes könnte aber das hochwichtige Verbot der Schenkungen unter Ehegatten in gewissen Fällen umgangen werden, deshalb hilft sich der Jurist durch Einräumung einer rei vindicatio utilis.[197] Gerade dieser Hinweis auf die vindicatio utilis läfst uns erkennen, worin Labeo den Schwerpunkt und Hauptgrund der Eigentumsveränderung durch Spezifikation erblickte. Ganz analog gewähren die späteren Prokulianer gegen den Dieb, welcher gestohlene Stoffe verarbeitete, die actio furti oder condictio furtiva.[198] Dafs der Dieb das Eigentum am gestohlenen Material unwiderruflich behalte, falls er es nur umgeformt hat, erscheint als eine jedes Rechtsgefühl beleidigende Konsequenz, man sucht deshalb nach Mitteln sie zu vereiteln. Aber die rei vindicatio ist hierbei nicht verwertbar, sie kann einfach nicht angestellt werden, weil ihre Formel zum neuen, durch Spezifikation erzeugten εἶδος nicht mehr pafst.

Allerdings sagt Labeo: „uxoris vestimenta esse“, aber diese Ausdrucksweise ist ganz folgerecht aus dem soeben Gesagten abgeleitet. Ein Eigentum, zu dessen Schutz und Geltendmachung keine Klagen mehr bestehen und nicht mehr beschafft werden können, ist erloschen, genau so wie das Eigentum an einer untergegangenen Sache.[199] Das ist die juristische Erwägung, welche sich aus der Umgestaltung des früheren εἶδος zu einem neuen ergiebt. Damit verwandelt sich zugleich der Besitz des Spezifikanten ipso iure in Eigentum, wofern er nur den animus domini hatte, d. h. die Spezifikation selbst suo nomine vornahm, oder durch andere vornehmen liefs.[200]

Des besonderen Aktes einer wirklichen oder fingierten Occupation bedarf es hier nicht, ebenso wenig wie bei dem Eigentumserwerb an den Früchten der eigenen Sache, am

alveus derelictus, der alluvio oder insula in flumine nata.[201] Damit der Eigentümer des Stoffes sein Vindikationsrecht und somit auch sein Eigentum verliere, kommt nach prokulianischer Auffassung alles nur darauf an, ob jenes neue εἶδος schon zu voller Ausgestaltung gelangte, und ob demgemäſs eine Umbenennung erforderlich war. Der Spezifikant kann daher noch so viel Arbeit und Mühe auf den Stoff verwandt haben, das alles bleibt völlig wirkungslos, solange das frühere εἶδος nicht beseitigt ist. Insofern dieses Ziel nicht erreicht wurde, steht der rei vindicatio seitens des dominus materiae nichts im Wege, da die Sache, gleichviel welche Veränderung mit ihr vorgenommen wurde, immer noch an ihrem bisherigen Namen genannt werden kann; und wiederum ist es Labeo, der hier bestimmend eingreift:[202]

> L. 26. § 2. Dig. de adquir. rerum dom. 41. 1. Paulus libro quarto decimo ad Sabinum: Si meam lanam infeceris, purpuram nihilo minus meam esse Labeo ait, quia nihil interest inter purpuram et eam lanam, quae in lutum aut caenum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset.

Was diese Stelle bedeutet, können wir richtig nur dann erfassen, wenn wir die peripatetische Auffassung von der Entstehung und dem Begriffe der Dinge zu Grunde legen. Im gegebenen Falle haben wir es mit jener Scheidung von wesentlichen und zufälligen Eigenschaften zu thun,[203] welche noch von späteren Kommentatoren des Aristoteles gut dargestellt und erläutert wurde.[204] Nicht ausgeschlossen ist es, daſs hierbei auch Anklänge an stoische Ansichten in Frage kommen, wie sie bei den späteren Peripatetikern, besonders in der Klassifizierung der Eigenschaften, hin und wieder hervortreten. Hiernach werden an jeder Sache verschiedene Arten von Eigenschaften festgestellt. Zunächst diejenigen,

welche dem Dinge an sich anhaften, für das Wesen der Sache unumgänglich sind, das sog. „πῶς ἔχον“, und sodann eine zweite Art von Qualitäten, welche dem Objekt nur im Verhältnis, in seiner Beziehung zu etwas anderem zukommen, mithin für sein eigentliches Wesen ganz gleichgültig sind, das sog. „πρός τι πῶς ἔχον“.[205] Diesen Gegensatz erklärt uns Simplicius an praktischen Beispielen.[206] Die Farbe der Wolle, sagt er, ist kein „συμπληρωτικόν“ derselben, sie gehört nicht zu ihrem Körper — χρῶμα —, sie erscheint nicht als Bestandteil des Gegenstandes, sie ist nur ἐν ὑποκειμένῳ, d. h. sie ist als etwas rein Äufserliches, Zufälliges hinzugetreten, nachdem der ursprüngliche Stoff seine Form — εἶδος — bereits angenommen hatte. Eine ganz andere Bedeutung habe die weifse Farbe z. B. des Schnees.[207] Diese sei keineswegs ἐν ὑποκειμένῳ, sondern gehöre begrifflich zum Wesen der Sache, welche ohne diese Eigenschaft überhaupt gar nicht gedacht werden könne.[208]

Es ist hiernach ganz ohne Zweifel ein Schulbeispiel der Philosophen von Labeo benutzt worden, um seine Auffassung vom Wesen der nova species zu erläutern. Das spätere Hinzutreten der Farbe soll auch nach seiner Ansicht auf die species rechtlich ohne Einflufs sein. Die Gleichgültigkeit des Färbens in Bezug auf Bestand und Eigenart der Wolle wird von ihm übrigens auch noch an einer anderen Stelle betont.[209] Die Farbe ist etwas der Wolle ganz zufällig Anhaftendes, genau so wie unsaubere Flecken. Es giebt nichts, was so wenig zum Wesen einer Sache gehört, wie der Schmutz; er ist nach jener bekannten Definition ein gutes Ding am unrechten Ort.

Neuere Schriftsteller haben sich oftmals über das Geschmacklose und Unverständliche jenes Vergleiches aufge-

halten.[210] Der Vorwurf trifft aber durchaus nicht die römischen Juristen, sondern, wenn überhaupt jemanden, so die Philosophie. Labeo und Paulus konnten keinen besseren Vergleich wählen, um darzuthun, dafs die Farbe kein *συμπληρωτικόν* der Wolle sei. Ganz analog hat z. B. das rufsgeschwärzte Gesicht eines Essenkehrers nichts mit seinem menschlichen Wesen zu thun, während die dunkle Gesichtsfarbe des Negers in der That begrifflich zu ihm gehört.[211]

Sehr schlimm kommt aber nach l. 26. § 2 cit. die Arbeitstheorie weg. Die Färberei steht ohne Zweifel an Schwierigkeit und kultureller Bedeutung keinem anderen Gewerbe oder Handwerk nach, und wollten die Prokulianer mit ihren Satzungen „die Arbeit des Produzenten schützen", so mufsten sie auch an diesen Fall alle Rechtsfolgen knüpfen. Die Vertreter der Arbeitstheorie helfen sich hier in sehr verschiedener Weise. Die meisten unter ihnen bewahren über jene Entscheidung völliges Stillschweigen. Andere halten sie für eine zufällige Kuriosität, die aufserhalb jedes Systems liege und daher keine Berücksichtigung verdiene. Sulzer meint, der zitierte Vergleich beweise zur Genüge, dafs Labeo noch keine feste Begriffsbestimmung der nova species gefunden hatte,[212] und Czyhlarz endlich erklärt schlechthin, dafs „solche Arbeiten, welche die blofse Bearbeitung einer Sache herbeiführen, durch welche selbe nutzbarer, schöner, dauerhafter usw. wird, keine Spezifikation bewirken".[213] Mit Recht fragt man, worauf beruht denn eine derartige willkürliche Scheidung? Wenn, wie Czyhlarz meint, die Prokulianer vorzugsweise die produktive Arbeit schützen wollten, weshalb zogen sie dann diesem Schutze Grenzen, die durch keinerlei soziale oder wirtschaftliche Erwägungen geboten oder gerechtfertigt waren? Niemand wird bestreiten, dafs unter gewissen Umständen einer blofsen

Bearbeitung weit gröfsere ökonomische Wirkungen zukommen können, als vielen Arten gänzlicher Umgestaltung. Aber um alle diese Möglichkeiten kümmert sich der römische Jurist hier nicht im geringsten. Ihm ist es völlig gleichgültig, wie viel Arbeit und Kunstfertigkeit der Spezifikant hat anwenden müssen. Für Labeo sind im gegebenen Beispiel lediglich zwei rein objektive Momente von Bedeutung: liegt ein neues εἶδος vor, und pafst dessen Bezeichnung noch in diejenige Vindikationsformel, welche dem Eigentümer der ὕλη zustand? Ist aber nach den gegebenen Verhältnissen eine rei vindicatio noch zulässig, so tritt keine Rechtsveränderung ein, und der Spezifikant mufs es sich gefallen lassen, dafs auf alle seine Mühe genau so wenig Rücksicht genommen wird, wie auf irgend welche zufällige Ereignisse, die eine äufserliche Veränderung desselben Gegenstandes herbeiführten, z. B. wenn die Sache in den Schmutz fällt.

Im Zusammenhang mit unserer Darstellung erledigt sich dann sehr einfach auch die Frage, wie die Prokulianer über die sog. zufällige Spezifikation dachten. Bekanntlich hat Bechmann die Möglichkeit einer Eigentumsveränderung infolge zufälliger Umgestaltung des Stoffes unter allgemeinstem Widerspruch behauptet.[214] Man erklärte die Auffassung an sich, noch mehr aber ihre Konsequenzen für völlig unannehmbar. Und dennoch ist die Ansicht Bechmanns der prokulianischen Lehre durchaus konform; nur wird sie anders formuliert und begründet werden müssen, als es durch ihn geschehen ist.

Zunächst geht seine Behauptung zu weit, dafs jede Spezifikation Herrenlosigkeit der fraglichen Sache nach sich ziehe. Hiervon kann überhaupt gar nicht die Rede sein, wenn die Umgestaltung der ὕλη zu einem neuen εἶδος ohne jede Besitzverschiebung beim bisherigen Eigentümer erfolgte.[215]

Wir haben ja bereits gesehen, wie die Worte: „quod factum est, antea nullius fuerat“ verstanden werden müssen und dafs sie vorwiegend den Wegfall der rei vindicatio im Auge haben. Bechmann freilich will in erster Linie den Boden für seine Occupationstheorie erweitern, es ist ihm aber nicht gelungen, das Occupationsmoment, die Handlung des Besitzergreifens der neuen species, zu fixieren. Dieser Akt besteht eben einfach gar nicht, da die Besitzergreifung an einer Sache, welche fortwährend in meinem Besitze war, unmöglich ist. Nach den philosophischen Grundsätzen gelangten wir dahin, dafs der Spezifikant, welcher die *ὕλη* ununterbrochen besessen hatte, blofs das neu Hinzukommende, den transcendentalen Begriff des *εἶδος* occupierte, was sich doch offenbar mit dem durch und durch realen Charakter der Besitzlehre nicht verträgt.

Aus der prokulianischen Theorie, wie wir sie entwickelt haben, ergiebt es sich ganz von selbst, dafs der Eigentümer der *ὕλη* diese aus fremdem Besitze nicht mehr vindizieren kann, sobald sie dort, sei es auch durch blofsen Zufall, ein anderes *εἶδος* angenommen hat. Bremer bezeichnet diese „zufällige Spezifikation als eine contradictio in adiecto, weil zum Begriffe der Spezifikation eine menschliche Thätigkeit gehöre und zwar eine solche, welche die Hervorbringung einer nova species beabsichtigt“.[216] Das trifft aber vom prokulianisch-philosophischen Gesichtspunkt aus ganz entschieden nicht zu, da, der Schwerpunkt im neuen *εἶδος* liegt, während die Arbeit und menschliche Thätigkeit als etwas ganz Gleichgültiges angesehen wird.

Die praktische Bedeutung dieser sog. zufälligen Spezifikation ist freilich kaum der Rede wert. Das veranlafst Bechmann zur Annahme, die Quellen hätten davon geschwiegen, „weil es überhaupt nicht in ihrem Charakter liegt, sich mit blofs theoretischen Möglichkeiten zu beschäftigen, denen die

praktische Bedeutung ganz oder doch so gut als ganz abzusprechen ist".[217] Es scheint uns richtiger, das Schweigen der Prokulianer über den Punkt damit zu erklären, dafs sich die prinzipielle Möglichkeit der „zufälligen Spezifikation" ganz von selbst aus ihrer Theorie ergab.

Aus unserer Erklärung dieser Theorie folgt ferner, dafs eine Spezifikation bei Grundstücken ausgeschlossen ist. Hier kann überhaupt von einer Formgebung keine Rede sein.[218] Die Erde oder der Erdboden ist eines der vier Elemente, durch deren Teilung, Verbindung und Vermischung, nach der Lehre des Aristoteles, die einzelnen konkreten Sachen und Körper mit ihrem εἶδος entstehen.[219] Auch die römischen Juristen sind der Meinung, dafs im gegebenen Falle nur an die ὕλη — substantia gedacht werden könne, die alles in sich aufnimmt und verschlingt, was mit ihr verbunden wird. Das erbaute Haus, der gepflanzte Baum sind Substanz des Erdbodens, sie gestalten ihn nicht um, sie gehen in ihm auf. Wird der Baum vom Grundstück getrennt, so stellt er sich freilich als selbständiger Stoff dar, bis dahin aber war er Erdsubstanz: „arbor hoc ipso, quo separatur a solo substantiam in unum corpus redactam accipit".[220] Also durch Teilung und Scheidung vom Element entsteht hier ganz konform der philosophischen Theorie des Aristoteles eine neue species oder ein neues εἶδος.

Im römischen Privatrecht und im Prozefs gelangt das gleiche Prinzip dann in der Weise zur Geltung, dafs alles, was mit dem Erdboden verbunden wird, also in seiner Substanz untergeht, auch sein rechtliches Schicksal teilt und sodann, dafs ein Grundstück ohne jede Rücksicht auf alle denkbaren Kulturveränderungen und Bearbeitungen überall, somit auch in der Vindikationsformel, fundus oder praedium heifst. Der

Eigentümer dieses fundus kann sein dingliches Recht ungeschmälert geltend machen, auch wenn das Feldgrundstück in einen Park, in einen Gemüsegarten oder eine Rosenplantage verwandelt wurde, da nach wie vor auf die Formelworte: „si paret illum fundum Auli Agerii esse“, die Antwort „paret“ erfolgen wird.[221]

---

Wir fragen zum Schlufs, welche Stellung nahmen diese das materielle Recht ordnenden Theorien zur Praxis ein. Erblickten die Prokulianer in der Vermögensverschiebung, welche die Spezifikation hervorrief, zugleich eine Rechtsverletzung? Und wenn das der Fall war, welche Mittel gewährte die Schule Labeos dem bisherigen Eigentümer der ὕλη behufs Erlangung einer Entschädigung für seine Verluste? Auf dem Boden des Prozesses, der Verteidigung und des Angriffes war das alte Civilrecht erwachsen. Durch die enge Pforte des Prozesses mufste der neue Rechtsgedanke hindurch, sollte er im Leben und Verkehr Anerkennung finden; es ist deshalb durchaus natürlich, dafs die römischen Juristenschulen die Ersatzfrage, insofern sie ihr überhaupt näher traten, verschieden beantworteten, schon weil sie der Specification selbst nicht die gleiche Wirkung zuschrieben. Nun läfst sich nicht leugnen, dafs die direkte Folgerung aus der Theorie Labeos zunächst vom praktisch-ökonomischen Gesichtspunkte aus zu grofsen Härten führt. Man könnte sie als eine scholastische Prinzipienreiterei der schlimmsten Art bezeichnen. Den ästhetischen Zwecken einer sauberen und konsequenten philosophischen und juristischen Logik werden wesentliche wirtschaftliche und im Grunde auch juristische Interessen geopfert. Der Eigentümer des Stoffes büfst durch einen von ihm ganz unabhängigen That-

umstand sein Recht ein, weil seine ὕλη ohne oder wider seinen Willen ein anderes εἶδος angenommen hat. Man sollte meinen, unter diesen Umständen wären die Prokulianer aus Billigkeitsrücksichten ganz besonders darauf bedacht gewesen, dem durch die Folgen jener unerbittlichen Logik in seinem Hab und Gut Verletzten eine entsprechende Entschädigung zu bieten.

Selbstverständlich mufs hierbei in erster Linie der Standpunkt ins Auge gefafst werden, welchen der Spezifikator bei Umwandlung der ὕλη zu einem neuen εἶδος einnahm. Es ist von allergröfster Wichtigkeit, ob er sich während der Verarbeitung im guten oder bösen Glauben befand, d. h. den Stoff für sein Eigentum hielt oder davon Kunde hatte, dass es sich um eine fremde Sache handele. Diese Unterscheidung wird überall von den neueren Schriftstellern betont und wir dürfen sie in diesem Zusammenhang um so eher festhalten, als gerade die Prokulianer zuerst auf sie hingewiesen haben.

Nach dem Berichte des Gaius fafste die Schule Labeos ausdrücklich den extremsten Fall der mala fides ins Auge: sie verfolgt zunächst nur denjenigen, welcher die Spezifikation als „fur" am gestohlenen oder unterschlagenen Stoff vornahm. Der bisherige Eigentümer der Substanz kann diese in Form der neuen species nicht mehr vindizieren und darauf beruht ja, wie wir gesehen haben, der Untergang seines Eigentumsrechts. Allein wenn der Spezifikant sich das Material auf verbrecherischem Wege verschafft hatte, so war es möglich, auf Grund der bestehenden Prozefsregeln ihm die nova species selbst zu entreifsen, ohne in diejenigen Schwierigkeiten zu geraten, welche im gegebenen Falle der rei vindicatio im Wege standen.[222]

Diesem Zwecke dienten die actio furti und die condictio furtiva. Beide Klagen erstreben in erster Linie die Wiedererstattung des entwendeten Gutes; aber in ihrer Formel wird

nicht behauptet, dafs der Kläger an dem fraglichen εἶδος Eigentum habe. Die Hauptvoraussetzungen bestehen in der Thatsache des Delikts, der gewinnsüchtigen Absicht des Beklagten und vermögensrechtlichen Schädigung des Klägers. Das Ziel ist die Befriedigung einer obligatorischen Forderung. Der Delinquent soll etwas thun und leisten: die Sache herausgeben, den Schaden ersetzen, event. die Strafe zahlen.[223]

Man hat behauptet, nach prokulianischer Auffassung erwerbe auch der Dieb Eigentum an der von ihm umgearbeiteten Sache.[224] Das ist insofern richtig, als auch gegen ihn die rei vindicatio wirkungslos bleibt. Ja man darf sagen, diese Stellungnahme zum Diebe ist ganz besonders bezeichnend für die Auffassung der Spezifikation seitens der Prokulianer: der Spezifikant erwirbt Rechte an der neuen Sache nur insofern, als es gegen ihn keine Klagen giebt; treten daher besondere Umstände ein, welche die Anstellung einer Klage ermöglichen, so ist man gern bereit, dem dominus materiae zu helfen. Deshalb steht auch bei der condictio die Rückerstattung der Sache selbst, ihres Besitzes[225] im Vordergrund. Das dingliche Ziel wird zunächst erstrebt, an den Schadensersatz denkt man erst in zweiter Linie.[226] Hier, wie überall, vertritt die condictio furtiva die Stelle der Vindikation.

Wie verhielten sich die Prokulianer zu denjenigen Fällen der Spezifikation, wo zwar die Voraussetzungen der actio furti oder condictio furtiva nicht vorlagen und der Spezifikant dennoch in mala fide war, d. h. eine Sache umarbeitete, von welcher er wufste, dafs sie eine fremde sei, dafs ihm daran keine Rechte zuständen? Direkte Entscheidungen fehlen über diese Frage. Als solche möchte ich nicht einmal L. 29. § 1. L. 30. Dig. de donat. inter vir. et. uxor. 24. 1[227] gelten lassen. Die Frau als solche brauchte bei Verarbeitung des Stoffes von der Gesetz-

widrigkeit der Schenkung nichts zu wissen, ihr wird Rechtsirrtum nachgesehen, sie konnte daher im guten Glauben sein.[228] Überdies bezweckt gerade die in lex 30 cit. erwähnte rei vindicatio utilis nicht in erster Linie Schadensersatz. Das Rechtsmittel wird mit der zweifellosen Absicht proponiert, jede Möglichkeit einer Gesetzesumgehung zu verhindern. Die verbotene Schenkung unter den Ehegatten soll aufgehoben und der frühere, gesetzmäfsige Zustand wieder hergestellt werden. Endlich ist es immerhin möglich, dafs die Klage zuerst von Gaius in Vorschlag gebracht wurde und somit bei Labeo und den Prokulianern in diesem Zusammenhang noch keine Berücksichtigung fand.[229]

Auch darüber fehlt es in den Quellen an einem direkten, hinreichend bestimmten Zeugnis, ob die Prokulianer dem Eigentümer des Stoffes einen Ersatzanspruch in dem Falle einräumten, wenn der Spezifikant die Umarbeitung bona fide vorgenommen hatte. Diese Lücke ist in der neuesten Litteratur die Veranlassung zu mancherlei Vermutungen und Schlüssen gewesen, welche indessen sämtlich auf einer Verkennung des Wesens der prokulianischen Lehre beruhen.

Czyhlarz geht davon aus, dafs die prokulianische Schule dem Eigentümer des Stoffes überhaupt keinerlei Ersatzansprüche gegen den bona fide Spezifizierenden gewährt habe. Das erkläre sich aus der „materiellen Causa“ der Spezifikation.[230] „Weil der Spezifikant die nova species geschaffen habe, weil sie sein Arbeitsprodukt sei, deswegen werde ihm dem dominus materiae gegenüber das Eigentum zuerkannt. In der Kreation liege die materielle Rechtfertigung des Erwerbes. Nicht das Stoffeigentum sei es, das der Spezifikant nach prokulianischer Lehre erlange, sondern ein neues Eigentum an neuer Sache, das er sich gerade durch die Erzeugung verdient habe“.[231]

Abgesehen davon, dafs nach unserer Darstellung die Prokulianer bei der Konstruktion ihrer Lehre der Arbeit, als einem wirtschaftlichen Gut, kaum irgend welche Bedeutung beimafsen, fragt es sich: kann eine solche Unantastbarkeit der Arbeit und ihrer Ergebnisse aus allgemeinen Gründen gerechtfertigt werden? Ist denn die Arbeit ein so hohes Verdienst, dafs sie abgesehen von ihrem direkten Ertrage noch durch Extrageschenke belohnt werden mufs? Dafür, dafs der Spezifikant fleifsig war, dafs er etwas produziert hat, soll er nicht nur Eigentum an der nova species erhalten, nein er soll auch aller derjenigen rechtlichen Folgen überhoben sein, die sich für Jedermann aus dem Besitzerwerb an fremden Sachen ergeben. Was aber noch auffallender ist, jenes Geschenk wird dem Spezifikanten nicht aus öffentlichen Mitteln, nicht vom Staat gemacht, welcher vielleicht noch ein Interesse an der Betriebsamkeit seiner Bürger hätte, sondern es soll eine Privatperson durch Gesetz dazu gezwungen werden, dem Produzenten für seinen Eifer unentgeltlich das Material zu überlassen, aus welchem die neue Sache angefertigt wurde.

Den obigen Erörterungen Czyhlarz's, welche vorzugsweise gegen die Zulässigkeit einer condictio sine causa gerichtet sind,[232] ist nur insofern beizustimmen, als die Quellen, wie bereits erwähnt, in der That keine direkten Aussprüche prokulianischer Juristen über die Ersatzpflicht des gutgläubigen Spezifikanten enthalten. Aber sollte damit bewiesen sein, dafs eine entsprechende Ersatzforderung des dominus materiae von Labeo und seinen Nachfolgern grundsätzlich nicht anerkannt wurde? Justinian nahm, wie bekannt, in der Spezifikationsfrage einen wesentlich anderen Standpunkt ein und brauchte daher bei Regelung des Regresses nicht notwendig auf prokulianische Anschauungen zurückzugreifen oder sie zu refe-

rieren. Hieraus allein liefse sich die erwähnte Lücke schon erklären.

Für uns liegt die Frage aber anders. Es ist hiernach zu prüfen, ob die philosophisch denkenden Juristen kraft dieses ihres Systems den Erzeuger eines neuen εἶδος von jeder Ersatzpflicht befreien mufsten, „da sein Eigentum als ein neues erscheint und nicht als die Nachwirkung des Stoffeigentums.“ Dem kann indessen so unbedingt nicht beigestimmt werden, weil uns die Quellen in einem anderen Zusammenhang deutliche Beweise dafür liefern, dafs die Herstellung eines neuen εἶδος aus fremder Substanz zwar die materielle Rechtslage ändert, nicht aber von der Ersatzpflicht befreit. Wo es sich nämlich um die Herstellung eines Bildes auf einer fremden Tafel handelt, haben gerade die Vertreter der peripatetischen Auffassung ein weitgehendes Verständnis für die Lage des in seinem Rechte verletzten „dominus tabulae“ gezeigt. Obgleich das Bild selbst in das Eigentum des Künstlers übergeht, so bleibt dem bisherigen Eigentümer der Tafel dennoch eine actio in rem utilis erhalten. Diese geht gegen Vergütung der Malerei sogar auf Herausgabe des Bildes, sonst wie jede dingliche Klage im klassischen Recht auf die litis aestimatio:

L. 9. § 2. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Gajus libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum: . . . Utique tamen conveniens est domino tabularum adversus eum qui pinxerit, si is tabulas possidebat, utilem actionem dari, qua ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exsolvat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio: utique si bona fide possessor fuerit qui solverit (nach Mommsen: qui pinxerit).

Damit stimmt fast wörtlich überein Gai Inst. II. § 78 und § 34. Inst. de rer. div. 2. 1.[233] Es wird später gezeigt werden, welche Analogien zwischen der Bemalung einer fremden Tafel

und der Umgestaltung einer fremden ὕλη nach den Lehren der römischen Juristen bestehen; eine gewisse Ähnlichkeit ist zwischen beiden Fällen auf den ersten Blick erkennbar. Hier wie dort läſst sich der Eigentumserwerb darauf zurückführen, daſs gegen denjenigen, welcher die Verarbeitung oder Bemalung vorgenommen hat, dinglich nicht mehr geklagt werden darf.[234] Das fremde Bild hat sein besonderes εἶδος, welches dasjenige der Tafel als eines bloſsen Bestandteiles in sich aufnimmt. Die fremde Malerei und meine Unterlage werden von der species der ersteren, als der Hauptsache, welche die neue Bezeichnung trägt, zu einem selbständigen Gegenstande —. dem Bilde vermengt. Ganz entsprechend versieht der Spezifikant meinen Stoff mit einem neuen εἶδος dadurch, daſs er eine selbständige Sache daraus macht. Hier wie dort ist der Eigentümer des Stoffes durch analoge Vorgänge geschädigt, der Grund der Schädigung ist derselbe, die Folgen hinsichtlich des Erlöschens der dinglichen Klagen stimmen überein, mithin steht nichts dem im Wege, daſs auch die Ersatzfrage in gleicher Weise geregelt werde. Dem geschädigten Stoffeigentümer müſste die actio in rem utilis in beiden Fällen eingeräumt werden. Übrigens weise ich nochmals darauf hin, daſs uns die Quellen ein unmittelbares Zeugnis über den Standpunkt der Prokulianer in dieser Frage nicht bieten. Es sollte hier nur der Nachweis geführt werden, daſs die Theorie Labeos und seiner Nachfolger prinzipiell der Anerkennung des Anspruches auf Vergütung nicht widersprach.

Fast alle Darstellungen, welche eine allgemeine Ersatzpflicht des Spezifikanten für die prokulianische Auffassung leugnen, machen den Eindruck, als wenn die Verfasser selbst von diesem Resultat nicht recht befriedigt und überzeugt wären.[235] In der That, auf welchen Standpunkt man sich

auch stellen mag, die Unbilligkeit bleibt überall gleich grofs. Auf die Analogie der Ersitzung darf hier nicht hingewiesen werden, weil bei diesem Institut das Recht allerdings nichts dawider hat, wenn der frühere Eigentümer geschädigt wird. Mag er für seine Nachlässigkeit in der Wahrung der eigenen Vermögensinteressen leiden. Wer längere Zeit hindurch sich um seine Güter nicht bekümmert und sie ökonomisch nicht verwertet, verliert das Eigentum zu Gunsten desjenigen, der sie für den Verkehr nutzbar macht und kann einen Ersatz für seine Einbufse nicht beanspruchen. Dagegen fragt man mit Recht, wodurch denn eigentlich der dominus materiae, dem ohne jedes Verschulden ein Spezifikant ins Gehege kam, eine solche Behandlung verdient habe? Die philosophischen Grundlagen der Theorie Labeos zwingen uns zu solchen Konsequenzen jedenfalls nicht.

## II. Die Auffassung der Sabinianer.

Dieser aus aristotelischen, vielleicht auch aus neueren peripatetischen Naturlehren abgeleiteten Theorie Labeos treten die sabinianischen Juristen mit ihren diametral abweichenden Anschauungen gegenüber. In der von ihnen verteidigten Auffassung gelangt der stoische Materialismus zum vollsten Durchbruch. Letzterer benutzt im wesentlichen die von Aristoteles geschaffenen Grundlagen. Man hat ihn wohl auch als ein Kompromifs zwischen der alten Naturphilosophie und der aristotelischen Lehre bezeichnet.[236] Den Stoizismus charakterisiert eine kräftige Abneigung gegen jede rein abstrakte Spekulation und ein ausgesprochener Hang zu konkreten Fassungen. Der anerkannte Mangel des aristotelischen Systems: das unklare Verhältnis zwischen Materie und Form als Begriff und als körperlicher Erscheinung wird beseitigt. Die Stoa

operiert nur mit körperlichen Vorstellungen und auf dieser gemeinverständlichen, praktischen Richtung beruht zum gröfsten Teil der bedeutende Einflufs, den sie zu Rom in den allerweitesten Kreisen gewann.

Auch hier liegt der gesamten Darstellung die Materie zu Grunde. Aber letztere ist keine unkörperliche abstrakte Kategorie, sie erscheint vielmehr von vornherein als etwas Substanzielles, als ein Körper — *σῶμα* — corpus.[237] Man fafst sie bereits, wie Bäumker treffend bemerkt,[238] „als allgemeinen Gattungsbegriff des physischen Körpers, als Stoff in dem modernen Sinne des Wortes". Während also bei Aristoteles die Form das Frühere und Vorzügliche ist, welches die Materie als das Accessorische erfafst und zum Wesen gestaltet, stellen die Stoiker die Form keineswegs in den Vordergrund. Vielmehr erscheint ihnen die Materie als das Ursprüngliche und Mächtigere.[239] Diese körperliche Substanz hat bereits *ὕλη* und *εἶδος* des Aristoteles zur Grundlage. Sie ist schon das Seiende — die *οὐσία* — und als solches auch ein Substrat für alle Eigenschaften — ein *ὑποκείμενον*. Bei den Stoikern erscheinen mithin *οὐσία* und *ὑποκείμενον* als identische Begriffe.

Dieser körperlichen Materie wird die sog. *ἕξις* oder *ποιότης* entgegengesetzt, welche nicht mit dem *εἶδος* des Aristoteles verwechselt werden darf.[240] Sie ist nicht wie das *εἶδος* das Wesen schlechthin, sie setzt ja bereits ein Wesen, ein Substrat voraus. Die *ἕξις* wird daher nur als die wesentliche Qualität bezeichnet, welche die Individualsache bestimmt. „Unter *ποιότης* versteht man, wie Zeller sich ausdrückt, diejenigen Eigenschaften, welche ein wesentliches Merkmal in seiner unterscheidenden Eigentümlichkeit rein darstellen."[241]

Während nach aristotelischer Auffassung die *ὕλη* zugleich mit der *στέρησις* durch das *εἶδος* vernichtet und verschlungen

wird, besteht die οὐσία der Stoiker, als ein konkreter körperlicher Begriff, trotz des Hinzutretens der ἕξις oder ποιότης, fort, da letztere eben den Stoff nur individuell bestimmt, blofs den „habitus“[242] der Sache ausmacht. Aber auch die ἕξις ist eine körperliche Erscheinung. Sie ist der Ausflufs des universellen πνεῦμα, welches die Bestimmung hat, die Welt und die Einzelsache zusammenzuhalten und abzugrenzen. Da die Stoa jedes Spekulieren auf abstrakter Grundlage und mit abstrakten Vorstellungen strikt ablehnt, so denkt sie sich dieses πνεῦμα gleichfalls als eine körperliche, wenngleich auch sehr verdünnte Luftströmung.[243]

Hält man diese Naturlehre gegen die sabinianische Spezifikationstheorie, so ist auf den ersten Blick klar, dafs sie sich beide vollkommen decken.

Auch die Sabinianer lehren: „materiam et substantiam spectandam esse“,[244] d. h. sie legen nach stoischen Prinzipien alles Schwergewicht auf die οὐσία. Da die ἕξις nicht gleich dem εἶδος das Wesen der Sache ausmacht, so wird durch die Spezifikation die Materie nicht vernichtet, sondern nur individuell begrenzt und bestimmt. Der Stoff besteht begrifflich und physikalisch fort, somit hat das Hinzutreten der neuen ἕξις auf das an der οὐσία einmal begründete Eigentum keinerlei Einflufs, und durch den Prozefs der Umarbeitung werden die Befugnisse des Eigentümers weder aufgehoben noch geschmälert. Der dominus materiae hat durch die Besitzergreifung des Spezifikanten kein einziges seiner Rechte eingebüfst, sein Eigentum ist niemals unterbrochen worden, es besteht in der οὐσία und mit ihr fort und kann also zu jeder Zeit vindiziert werden.

Gründet man die Regelung des Rechtsverhältnisses nur auf die οὐσία, so kann der stoisch denkende Jurist zu keinem

anderen Schlusse über die Eigentumsfrage gelangen. Allerdings läfst der Text des Corpus iuris diese Auffassung nicht überall in gleicher Weise durchblicken und weist mehrfach widersprechende Ansichten auf. Diese Inconsequenz ist indessen durchaus verständlich, da Justinians Compilatoren, wie bekannt, nicht mehr auf rein sabinianischem Boden standen. Die mafsgebendste und sicherste Auskunft über die unverfälschte Theorie der Sabinianer giebt uns schliefslich doch Gaius in seinen Institutionen, und deren Fassung entspricht unserer Darstellung vollkommen:[245]

> Gai Inst. II. § 79: Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse.

Besondere Beachtung verdienen die Worte: „cuius materia sit". Das Tempus ist hier keineswegs gleichgültig. Dem dominus materiae gehört der Stoff selbst noch nach seiner Bearbeitung, er hat auch Eigentum an der nova species, weil in ihr der Stoff fortbesteht. Auch Seneca erklärt, non posse artifex mutare materiam und dieselben Gedanken giebt Paulus juristisch wieder: quod ex re nostra fit nostrum esse verius est.[246]

Da sich aber die fragliche Sache jedenfalls in fremdem Besitz befindet, so steht dem Stoffeigentümer die rei vindicatio zu Gebote. Es fragt sich indessen, wie die Sabinianer diejenigen Schwierigkeiten überwanden, welche das Auftreten einer neuen ἕξις bei Zusammenstellung der Vindikationsformel verursachte. Mochten sie der Umarbeitung als solcher auch keinerlei rechtliche Folgen beimessen, die eine Wirkung blieb dennoch unter allen Umständen bestehen, dafs nämlich die neue ἕξις eine andere Bezeichnung des bisherigen Stoffes bedingen konnte.

Bei dieser Gelegenheit zeigt sich aufs neue, was auch schon in anderen Fällen beobachtet worden ist, dafs nämlich

die sabinianische Schule in prozessualen Fragen im ganzen weniger doktrinär verfuhr, als die Prokulianer,[217] und ihren Sinn in höherem Maſse auf die Verwirklichung praktisch-rechtlicher Ziele richtete.

In der That konnte bei einer freieren Auffassung unter der Bezeichnung des Stoffes in der Vindikationsformel auch die daraus angefertigte Sache verstanden werden — „argenti appellatione etiam factum argentum comprehendetur“.[218] Derartige Abweichungen vom strengen Formenwesen wurden ja schon in den frühesten Entwickelungsstadien des römischen Zivilprozesses ausnahmsweise zugelassen. Sogar nach den Prinzipien des Legisaktionenprozesses und unter seiner ausschlieſslichen Herrschaft galt es für statthaft, dem Gesetzestexte entsprechend auf Beschädigung von Baumzweigen zu klagen, während thatsächlich Rebenpflanzungen zerstört waren.[249] Ebenso wuſsten Prätor und Richter ganz genau, daſs unter dem Formelworte „tignum“ in der actio de tigno iuncto jedwedes widerrechtlich verbaute Material zu verstehen sei.[250] Weshalb sollte man daher nicht einen Silberbarren direkt und unter dieser Bezeichnung vindizieren, selbst wenn er inzwischen vom unrechtmäſsigen Besitzer in ein Gefäſs oder Bildwerk umgestaltet wäre?[251]

Der stoischen Auffassung von der Natur und Entstehung der Dinge tritt bei den Sabinianern die strenge Auffassung von der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung des Eigentums zur Seite. Den Schutz dieses Eigentums faſsten die Sabinianer in erster Linie ins Auge und die Lehre von dem Fortbestehen der *οὐσία* bildete eine geeignete philosophisch-dialektische Grundlage für ihren juristischen Zweck. Freilich all' die Opfer, welche der Spezifikant an Kunstfertigkeit und Mühe gebracht hatte, lieſs man prinzipiell

unberücksichtigt. Die Arbeit konnte sich als wirtschaftliches Gut gegenüber dem Eigentum nicht behaupten.[252]

Aber trotz dieser theoretischen Regelung der Frage verblieb, im Falle es zum Rechtsstreit kommen sollte, dem Spezifikanten, als Beklagten, immerhin ein praktischer Ausweg, der allerdings dazu geeignet war, ihn vor unverhältnismäfsigen Verlusten zu sichern.

Während der sog. klassischen Rechtsperiode bot nämlich der Prozess auf Grund der rei vindicatio stets die Möglichkeit einer Verurteilung zur Leistung des Schätzungswertes der fraglichen Sache, zur sog. condemnatio pecuniaria. Hiernach stand es dem Beklagten unter allen Umständen frei, nach eigenem Ermessen entweder den Kläger durch Herausgabe der vindizierten Sache zu befriedigen, oder eine Verurteilung zum Ersatz ihres Wertes über sich ergehen zu lassen. Man hat diese Alternative „als einen der genialsten Gedanken des römischen Prozesses bezeichnet, als eines der glücklichsten Mittel, der Gerechtigkeit volles Genüge zu leisten“.[253] In der That läfst sich nicht leugnen, dafs im gegebenen Fall der erwähnte Ausweg wesentlich dazu beitrug, die Härten der sabinianischen Theorie in ihrer praktischen Anwendung abzuschwächen.

Soweit es den Interessen des Spezifikanten entsprach, konnte er die Übergabe der nova species einfach unterlassen; alsdann erfolgte unabweislich die condemnatio pecuniaria. Es fragt sich, was bildete den Inhalt der letzteren? Der Richter durfte hierbei natürlich blofs diejenige Sache zu Grunde legen, welche der Kläger in der Vindikationsformel genau bezeichnete. Das war aber unter den gegebenen Umständen nur die materia oder *οὐσία*, denn nur von ihr konnte der Vindikant behaupten: „rem meam esse“. Als Gegenstand der Schätzung galt somit der

Stoff und nicht die nova species. Die Lage des Spezifikanten erscheint also keineswegs als so bedrängt, wie man beim ersten Blick auf die sabinianische Theorie glauben sollte, ja bis zu einem gewissen Grade hielt er das rechtliche Schicksal der von ihm hergestellten Sache in seiner Hand, da es geradezu von ihm abhing, wem das Objekt schliefslich verbleiben sollte. Im Vergleiche hiermit darf die Stellung des dominus materiae fast als die ungünstigere bezeichnet werden.[254] Sein einziges Hilfsmittel bestand in der Eigentumsklage, welche die Rückerstattung des Stoffes selbst in seiner umgearbeiteten Gestalt bezweckte, und lieferte der Beklagte den Gegenstand aus, so mufste er ihn annehmen. Diese Folgen traten auch dann ein, wenn die nova species durch stümperhafte Verarbeitung des Materials entstand, oder sich als eine Sache darstellte, deren er nicht bedurfte und für die er keinerlei Verwendung besafs.[255] Vom praktischen Gesichtspunkt aus hatte die Anerkennung der dinglichen Rechte des dominus materiae seitens der Sabinianer somit vorwiegend die eine Wirkung, dafs er durch Anstellung der vindicatio die Regelung des ganzen Rechtsverhältnisses herbeiführen konnte. Wir haben hierin einen neuen Beweis dafür, dafs die gesamte Spezifikationslehre am Ende doch nur aus der Vindikationsfrage hervorgegangen ist.

Im übrigen stellte der dominus materiae seine Eigentumsklage nach allgemeinen Grundsätzen an; nach denselben allgemeinen Regeln standen dem Beklagten alle diejenigen Verteidigungsmittel zu Gebote, über welche jeder Besitzer einer fremden Sache, sei er nun bonae oder malae fidei possessor, dem Vindikanten gegenüber verfügte.

Es wäre müfsig, hier auf alle Einzelheiten einzugehen, da der Rechtsstreit gegen den Spezifikanten sich nach sabinianischer Auffassung in nichts vom gewöhnlichen Eigentums-

prozesse unterschied. Gleichwohl beansprucht in diesem Zusammenhang ein Punkt besondere Aufmerksamkeit. Es ist dieses die Frage nach dem Umfang des dem Beklagten wegen Verwendungen zustehenden Retentionsrechts.

Die Opfer, welche der Beklagte zur Herstellung der nova species an Geld oder an Sachgütern gebracht hat, dürfen wir hier unbeachtet lassen, da ihre Würdigung und Abschätzung den allgemeinen Prinzipien unterliegt. Für uns steht im Vordergrund die Frage, wie nach sabinianischen Anschauungen die wesentlichste und wertvollste Verwendung des Spezifikanten — die Arbeit zu beurteilen ist. Es handelt sich darum, ob überhaupt und in welchem Umfange ein Ersatz für sie beansprucht werden konnte.

Diesen Punkt hat man in der neueren Litteratur viel umstritten. Das ist begreiflich, hängt doch von seiner Entscheidung zum grofsen Teil die Anerkennung der sog. Arbeitstheorie in der römischen Spezifikationslehre ab. Wollten wirklich schon die klassischen Juristen dieses wirtschaftliche Gut schützen, so mufsten auch die Sabinianer, wenigstens im Falle eines Rechtsstreites, die Mühen des gutgläubigen Spezifikanten als eine schätzbare Verwendung anerkennen und ihm entsprechenden Ersatz sichern.

Sehr einfach hat die ganze Frage Fitting erledigt.[256] Er gewährt, obgleich das Arbeitsprinzip von ihm im allgemeinen nicht anerkannt wird, dennoch „dem Besitzer das Retentionsrecht bis zum Ersatze des Wertes der aufgewandten Arbeit, da diese in Bezug auf die nova species als ein notwendiger Aufwand erscheint, ohne den jene gar nicht vorhanden sein würde“. Das entspricht keineswegs dem wahren Wesen der Impensen. Es kommt hierbei durchaus nicht darauf an, dafs die fragliche Sache vom objektiv physischen Gesichtspunkt aus

entstehe, erhalten oder verbessert werde. Impensae necessariae sind solche einmalige Ausgaben oder Leistungen, welche zum Zweck der Erhaltung des Kapitals, einer Kapitalsache geschehen.[257] Als solche erscheint aber im dinglichen Prozefs stets derjenige Gegenstand, welcher dem Kläger entzogen wurde, den er vindiziert, um die in seinem Vermögen entstandene Lücke wieder auszufüllen. Diese Bedeutung kommt im gegebenen Falle dem Material zu, dessen Rückgabe selbst in der veränderten Gestalt der nova species erstrebt wird; um dieses Material sind die Impensen zu gruppieren, seine Erhaltung und Verbesserung mufs bei Beurteilung desjenigen, was Verwendung ist, ins Auge gefafst werden. Unter den Begriff der impensae necessariae fällt mithin nur eine solche Umarbeitung, durch welche nachweislich der Stoff erhalten, vor Verminderung oder Verderbnis bewahrt wurde. Das kann natürlich nur in den seltensten Fällen beobachtet werden, so z. B. wenn das Material in rohen Efswaren bestand, die der Beklagte einpökelte oder räucherte. Häufiger dürfte es gelingen, die Umgestaltung unter den Begriff der impensae utiles zu stellen, da infolge der Spezifikation die fragliche Sache nicht selten wertvoller, brauchbarer, dauerhafter wird.[258] Sehr oft trifft aber auch das nicht zu, da die Umarbeitung für den dominus materiae lediglich den einen Erfolg haben kann, dafs aus dem wertvollen Stoff, dessen er bedurfte, etwas ganz Unbrauchbares oder doch wenigstens für ihn Unverwertbares hergestellt wurde. Und wenn der Spezifikant ungeachtet dieser Folgen viel Mühe und Kunstfertigkeit auf den Gegenstand verwandt hatte, wie steht es dann mit seiner Ersatzforderung? Hier dürfte das Verhältnis sich leicht umgekehrt gestalten und der Ersatzanspruch sich in eine Ersatzpflicht dem Kläger gegenüber verwandeln. Im allgemeinen fehlt in den Quellen

der Nachweis, dafs reine Arbeit überhaupt als Verwendung berücksichtigt wurde.[259] Wo von menschlicher Thätigkeit die Rede ist, werden stets die Unkosten hervorgehoben, welche sie verursacht hatte.[260] Überall kommen nur Geldauslagen als impensae in Frage.

Auch in letztwilligen Verfügungen bewährt sich bei den Sabinianern die stoische Auffassung von der Kraft und Dauer der Materie. Die Umgestaltung des vermachten Gegenstandes durch den Testator bewirkt an sich niemals die Aufhebung des Legats, so lange der Erblasser seine Willensänderung nicht durch sonstige bestimmte Äufserungen kundgab.

L. 44. § 2. 3. Dig. de leg. I. Ulpianus libro vicesimo secundo ad Sabinum: Si pocula quis legavit et massa facta est vel contra, item si lana legetur et vestimentum ex ea fiat, Julianus libro trigesimo secundo scripsit legatum in omnibus supra scriptis consistere et deberi quod exstat: quam sententiam puto veram, si modo non mutaverit testator voluntatem. § 3. Sed et si lancem legavit et massam fecit, mox poculum, debebitur poculum, durante scilicet voluntate.

Der legierte usus fructus dagegen erlischt durch Umgestaltung des Objekts; aus sehr begreiflichen Gründen, da ja nicht die Sache selbst, sondern eine bestimmte Benutzung derselben vermacht wurde, welcher sie jetzt infolge der Spezifikation nicht mehr dienen kann.[261]

Nach unserer Darstellung erscheint von den beiden römischen Schulmeinungen die sabinianische Theorie ihrer ganzen Begründung nach als die neuere. Wir gelangen also auch hier zu einem anderen Schlufs, als die Vertreter des sog. Arbeitsprinzips, da nach ihrer Auffassung „Capito und seine Nachfolger nur einen Satz der ältesten Jurisprudenz wiederholt hätten“.[262] „Im Urzustande während der schrankenlosen

Herrschaft der Naturalwirtschaft habe jedermann sich selbst angefertigt, was er brauchte, und zwar aus eigenem Material, mithin gehörte ihm auch alles dasjenige, was andere aus seinem Material herstellten."[263] Es verspricht keinen Erfolg, diese ganz unbestimmten Vermutungen ohne jeden festen Stützpunkt auf ihre Haltbarkeit zu prüfen. Indessen so selbstverständlich und unanfechtbar scheint uns eine solche Erklärung des Urzustandes doch nicht zu sein. Gerade im Urzustande, beim Mangel jeglicher Arbeitsteilung wird das einzelne Individuum ganz besonders geneigt sein, die Ergebnisse seiner schaffenden Kraft ohne Rücksicht auf die Herkunft des Stoffes für sich zu beanspruchen und zu verteidigen. Aus jenem Urzustande stammen die Regeln: „Wer säet, der mähet" u. a. m.; daher wäre es vielleicht gerade nach dieser Urauffassung angemessen, dem Spezifikator das Recht an der neuen Sache zu überlassen.

### III. Die sog. media sententia.[264]

Wir gehen nunmehr zur sog. Mittelmeinung über. Sie besteht bekanntlich darin, dafs der Spezifikant an der nova species nur dann Eigentum erwirbt, wenn aus ihr der Stoff zu seiner ursprünglichen Gestalt nicht wieder zurückgebildet werden kann. Dem dominus materiae steht mithin die Vindikation seiner Sache bloss in dem Falle zu, wenn es noch möglich sein sollte, sie genau so wieder herzustellen, wie er sie ehedem besafs. Dann aber darf er verlangen, dafs die Arbeit des Spezifikanten bis auf die letzte Spur getilgt werde.

Für diejenigen modernen Schriftsteller, welche in den Anschauungen der römischen Juristen über die Spezifikation nach Einwirkungen volkswirtschaftlicher Grundsätze suchten und darin einen erhöhten Schutz der Arbeit und Produktion

finden wollten, mufste diese „media sententia“ als eine geradezu unverständliche Roheit, als ein starker Rückschritt von der prokulianischen Lehre erscheinen. Die Regelung des gesamten Rechtsverhältnisses wird abhängig gemacht von Umständen, die mit der Arbeit des Spezifikanten nicht das Geringste gemein haben. Die Entscheidung der Rechtsfrage richtet sich ausschliefslich nach der natürlichen Beschaffenheit derjenigen Sache, die verarbeitet wurde. Der ökonomische Wert der Arbeit spielt gar keine Rolle. Die kunstvollste, mühsamste Thätigkeit bleibt unberücksichtigt, ihre Ergebnisse werden vernichtet, ja womöglich jede Spur verwischt, sobald der Stoff von der Art war, dafs seine ursprüngliche rohe Form wieder hergestellt werden kann. Und umgekehrt gewinnt der stümperhafteste, unkundigste Spezifikator Eigentum am wertvollsten Material, wenn die Folgen seiner Verunstaltung sich nicht mehr beseitigen lassen. Kann hierin ein Streben nach angemessenem Schutz der Arbeit und Produktion erblickt werden?

In der That haben solche Tendenzen den Juristen der Mittelmeinung ganz ebenso fern gelegen, wie den Prokulianern und Sabinianern. Auch ihnen erschien das Eigentum als einziges schützenswertes Rechtsgut. In seiner Wahrung erblickten auch sie das einzige Ziel bei Lösung des schwebenden Streitpunktes. Aber die Erreichung dieses Zieles hing nach wie vor von der Beantwortung einer nichtjuristischen Frage ab: Welche Wirkung äufsert die Bearbeitung der Sache auf ihren physischen Bestand? Wann ist Verarbeitung des Stoffes gleichbedeutend mit seiner Vernichtung? Und die Erledigung dieser nichtjuristischen Frage wird auch hier auf Grund der stoischen Naturanschauung erstrebt und bewirkt. Die beiden Grundelemente jedes Gegenstandes, *οὐσία* und ἕξις, treten aber-

mals mit aller Bestimmtheit in den Vordergrund. In der media sententia gewinnt der Materialismus des stoischen Systems einen besonders kräftigen Ausdruck.

Die ἕξις als Ausflufs des körperlichen πνεῦμα — des spiritus — wird als etwas Materielles gedacht.[265] Jede Spezifikation ist somit die Verbindung zweier stofflicher Dinge — der οὐσία und der neuen ἕξις — miteinander. Nun unterscheidet die Stoa mehrere Arten von Verbindungen bisher getrennter Gegenstände. An erster Stelle wird die παράθεσις genannt. Hier verschmelzen die einzelnen Körper nicht miteinander, sondern stehen sich als selbständige Objekte gegenüber. Als Schulbeispiel wird die Vermengung verschiedener Getreidegattungen erwähnt.[266]

Unter der σύγχυσις versteht man die Vereinigung mehrerer Gegenstände zu einem neuen, selbständigen Körper, wie bei der Mischung von Salben oder Arzneien.[267] In der Mitte zwischen diesen beiden extremen Fällen steht die μίξις oder κρᾶσις, bei welcher sich die Bestandteile gegenseitig durchdringen, ohne indessen zu einem Körper zu verschmelzen. Dahin gehört die Verbindung des Leibes mit der Seele, des Metalls mit der Wärme.[268]

Μίξις und παράθεσις sind dem stoisch denkenden Juristen Erscheinungen ohne jede rechtliche Bedeutung. Die Eigentumsfrage soll durch die Thatsache der Verbindung jedenfalls nicht berührt werden, solange die ursprüngliche Gestalt der Stoffe wieder hergestellt werden kann, oder trotz Untrennbarkeit der Verschmelzung nicht vernichtet ist. Einen solchen Fall der μίξις führt Callistratus an:

L. 12. § 1. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, cum diversae materiae aes atque ar-

gentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet.

Zwar durchdringen im gegebenen Beispiel die Stoffe sich gegenseitig, allein es giebt ein Mittel, jeden von ihnen auf seine frühere Erscheinungsform zurückzuführen und deshalb kann jeder dominus materiae, was ihm zukommt, einfach vindizieren. Ebenso wurde grundsätzlich auch die Verschmelzung von Gold und Erz behandelt, obgleich die physikalischen Kenntnisse der „artifices“ hier nicht ausreichten, die reale Scheidung der beiden Metalle wirklich durchzusetzen.[269] Indessen trotz dieser innigsten Verschmelzung blieben die einzelnen Bestandteile des Erzes und des Goldes dennoch geschieden und damit auch das Eigentum an ihnen.[270] Weil aber eine körperliche Abgrenzung der noch vorhandenen Stoffe nicht möglich war, so trat an die Stelle der vindicatio materiae die vindicatio partis.[271] Das Prinzip blieb gewahrt, die letztgenannte Klage erschien nur als eine Modifikation, welche durch den Zwang der Natur geboten wurde.

Ebensowenig Einfluſs hat auf den Bestand des Eigentums die *παράθεσις*. Auch die Juristen führen als Beispiel die Vermengung zweier bisher getrennter Getreidehaufen an:

L. 5. pr. Dig. de rei vind. 6. 1. Ulpianus libro sexto decimo ad edictum: Idem Pomponius scribit: si frumentum duorum non voluntate eorum confusum sit, competit singulis in rem actio in id, in quantum paret in illo acervo suum cuiusque esse.

Keiner der beiden vermengten Getreidehaufen kann zu seiner ursprünglichen Gestalt zurückgeführt werden. Die einzelnen Körner lassen sich nicht mehr heraussuchen, aber dennoch bestehen sie fort — utraque materia etsi confusa manet tamen —. Das Eigentum an ihnen ist nicht erloschen, nur

individuell vindiziert werden können sie nicht; man hält sich hier gleichfalls an den Ausweg der vindicatio partis. Als Analogie führt Justinian die Vermengung zweier Herden an; auch bei ihr stöfst die Feststellung der gesonderten früheren Bestände auf praktische Hindernisse und dennoch bleibt das Eigentum an den einzelnen Individuen bestehen:

§ 28. Inst. de rer. div. II. 1. Quodsi casu id mixtum fuerit vel Titius id miscuerit sine voluntate tua, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex communis esse intellegitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint: sed si ab alterutro vestrum id totum frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cuiusque competat . . .

Bei der vindicatio quantitatis wird natürlich auch das Wertverhältnis der beiden vermischten Getreidearten nach richterlichem Ermessen berücksichtigt.[272]

Von diesen beiden Arten der Verbindung — der *μίξις* und *παράθεσις* — unterscheidet sich die *σύγχυσις* — confusio[273] — dadurch, dafs aus der Verschmelzung der Stoffe eine neue species unter endgültiger Vernichtung der bisherigen Substanzen hervorgeht. Gleich den stoischen Philosophen erwähnen auch die Juristen als Schulbeispiele die Vermengung von Medikamenten zur Salbe[274] und die Vermischung von Honig und Wein zum sog. mulsum.[275] Die Bestandteile durchdringen sich bei dieser Art von Verbindung nicht nur, sie lösen einander geradezu auf. Und da sie mithin physisch aufgehört haben zu existieren, so kann weder von einer vindicatio materiae, noch von einer vindicatio partis die Rede sein: „Nihil hic suum vere dicere potest prior dominus“.[276]

Zugleich mit dem Objekt ist das bisherige Eigentum erloschen, damit erscheint eine neue Regelung des Verhältnisses als geboten, und hierbei sind zweierlei Kombinationen möglich. Entweder man erkennt an der neuen Spezies ein Condominium der bisherigen Stoffeigentümer an, oder man spricht das Eigentum der neuen Sache demjenigen zu, der für sich mit dem animus domini — suo nomine — die Verbindung vornahm. Die römischen Juristen entschieden sich, wie es scheint nicht ohne jedes Schwanken, für das letztere.[277] In der That enthielte die Anerkennung des Miteigentums ein Zugeständnis, dafs die dinglichen Rechte der Stoffeigentümer noch fortbestehen. Damit aber vertrüge sich nicht die stoische Naturlehre, welche bei der *σύγχυσις* Untergang der Bestandteile annimmt,[278] woraus dann, als juristische Folgerung, sich mit Notwendigkeit auch Erlöschen des bisherigen Eigentums ergiebt.[279] Im Sinne dieser Naturlehre betonen die klassischen Juristen den prinzipiellen Unterschied zwischen der untrennbaren *μίξις* von Gold und Silber, oder Gold und Erz, und der *σύγχυσις* von Wein und Honig.[280] Erstere Stoffe durchdringen sich gegenseitig, bewahren aber ihre Substanz, obwohl sie körperlich voneinander nach der Verbindung nicht mehr geschieden werden können; letztere lösen sich gegenseitig auf. An der Metallmischung entsteht daher Miteigentum resp. vindicatio partis, am mulsum ist jedes Vindikationsrecht zugleich mit dem dominium materiae am Honig oder Wein erloschen.[281]

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dafs die Stoiker als Beispiel der *μίξις* auch die Verbindung des Leibes und der Seele erwähnen.[282] Unter den gleichen Gesichtspunkt fällt auch die Vereinigung der *οὐσία* und *ἕξις* auf dem Wege der Spezifikation, da die *ἕξις* gleich der *ψυχή* den Ausflufs des materiellen Welt-*πνεῦμα* oder spiritus bildet.[283]

Die *μίξις* hat bekanntlich nicht den Untergang der verbundenen Bestandteile zur Folge. Die Stoffe bleiben jedenfalls bestehen und damit zugleich auch die Rechte an ihnen. Jeder Eigentümer kann Realtrennung beanspruchen und seine abgesonderte Sache vindizieren, oder sich, falls die Verbindung mechanisch und chemisch unlöslich ist, der vindicatio partis bedienen.

Auf diesem Boden steht auch die sog. Mittelmeinung der klassischen Juristen. Sie verfährt durchaus folgerichtig, indem sie dem dominus materiae den unbedingten Anspruch auf Absonderung und Wiederherstellung seines Stoffes einräumt.[284] Ihr Hauptvertreter und eifrigster Bekenner ist der strenge Stoiker Paulus.[285] Beide, Spezifikant und Eigentümer der *οὐσία*, nehmen hiernach denjenigen Bestandteil der neuen Sache mit sich, welcher von ihnen herrührt. Ersterer entfernt die von ihm geschaffene *ἕξις*, d. h. das Resultat seiner Thätigkeit, und der dominus materiae behält sein Recht an der zu ihrer ursprünglichen Gestalt wieder zurückgeführten Substanz.[286] Es tritt der Fall ein, wo nach dem Ausdruck der Juristenphilosophie die *οὐσία* alles überwindet und erdrückt, wo sie jederzeit die ihr aufgezwungene *ἕξις* abstofsen und zu ihrer früheren Situation zurückkehren kann. Diesen Gedanken hat Paulus mit aller wünschenswerten Klarheit formuliert:

> L. 78. § 4. Dig. de leg. III. Paulus libro secundo ad Vitellium: Illud fortasse quaesiturus sit aliquis, cur argenti appellatione etiam factum argentum comprehendetur, cum, si marmor legatum esset, nihil praeter rudem materiam demonstratum videri posset. cujus haec ratio traditur, quippe ea, quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa numquam vires ejus effugiant.

Die neue ἕξις, welche dem Silberstoffe aufgeprägt wurde, kann ihn unter keinen Umständen bezwingen und endgültig für sich gewinnen. Daher mufs alles aus dem Metall Angefertigte immer noch als dieselbe *οὐσία*, als argentum schlechthin angesehen und dem entsprechend benannt werden. Anders verhält es sich mit dem Marmor. Hier ist die dem rohen Block gegebene Gestalt eine endgültige, sie kann zwar zerstört, niemals aber zu ihrer früheren Bestimmtheit oder Stoffqualität zurückgeführt werden. Im ersten Fall siegt die *οὐσία*, im zweiten die ἕξις.

Mag immerhin die stoische Grundregel lauten: „forma materiae potentia victa numquam vires ejus effugit", so trifft sie doch nicht immer zu, und in ihrer Verallgemeinerung lag von einem späteren abgeklärteren Standpunkt aus der Fehler der Sabinianer. Es giebt eben Fälle, wo die neue ἕξις die *οὐσία* mit ihren bisherigen *ποιότητες* gänzlich vernichtet und umwandelt. Alsdann haben wir es mit einer der *σύγχυσις* analogen Erscheinung zu thun und der verarbeitete Stoff darf als völlig aufgelöste Sache nicht mehr vindiziert werden. Ohne Zweifel kann man jetzt behaupten, dafs der frühere Gegenstand nicht mehr bestehe, es ist, wie der Jurist sagt, ein neues corpus mit neuen endgültigen „qualitates" an seine Stelle getreten. Auch die Rechtsfrage gelangt damit in ein neues Stadium und das Eigentum kann natürlich nur dem Erzeuger der siegreichen ἕξις d. h. dem Spezifikator zufallen. Genau so wie bei der *σύγχυσις* von eigenem und fremdem Stoff dominus derjenige wurde, „qui fecerit."[287]

Unter allen Umständen aber unterscheidet sich die stoische media sententia von der peripatetischen Theorie der Prokulianer dadurch, dafs hier keine Gestaltung der wesenlosen ὕλη in Frage kommt, sondern höchstens eine in verschiedener

Weise qualifizierte, sonst aber stets bestimmte und konkret gefafste Substanz als Substrat oder ὑποκείμενον.

Mit den römischen Prozefsgrundsätzen steht die media sententia zweifellos in besserem Einklang, als die sabinianische Theorie. Vermittelst der dinglichen Klage wird jetzt in der That die Herausgabe derjenigen Sache erstrebt, die auch in der Vindikationsformel genannt ist. Vom zurückgebildeten Stoff kann der Eigentümer unter allen Umständen und mit buchstäblicher Genauigkeit sagen: „rem meam esse“.

Aber auch vom Standpunkt der Billigkeit aus enthält die Mittelmeinung einen Fortschritt. Die Sabinianer stellten es unterstützt von den römischen Prozefsregeln wesentlich in das Ermessen des Spezifikanten, ob er dem Kläger die Sache selbst, oder deren aestimatio pecuniaria erstatten will. So konnte der Fall eintreten, dafs der Beklagte dem dominus materiae das Streitobjekt zuwider dessen Interesse vorenthielt und andererseits ihm eine Sache in natura überliefs, welche für ihn gar keinen Wert mehr repräsentierte.[288] Freilich die erste Eventualität war auch unter der Herrschaft der media sententia noch denkbar, der zweite Fall aber erschien jetzt jedenfalls als ausgeschlossen, da eine Rückerstattung des Streitgegenstandes in natura nur dann möglich war, wenn die Sache wieder zu derjenigen Gestalt zurückgeführt werden konnte, welche sie beim Kläger vor der Umarbeitung durch den Spezifikanten hatte. Nur in Bezug auf die durch Delikt erworbenen Gegenstände gilt unter allen Umständen die Regel extincta res condici potest.[289]

Schliefslich ist noch daran zu erinnern, dafs die Vertreter der Arbeitstheorie eine ganz besondere Bedeutung den Schlufsworten des § 25. Inst. de rer. div. II. 1 beimessen.[290] Hier werde doch klar und deutlich der Gedanke ausgesprochen, dafs

gerade die produktive Thätigkeit Eigentum verleihe. Im Grunde steht aber in der zitierten Stelle nichts anderes, als was bereits Pomponius und Ulpian für den gleichen Thatbestand festsetzten: Derjenige, welcher eine *σύγχυσις* von eigenen und fremden Stoffen vornimmt, erwirbt an der Mischung Eigentum. Als Beleg werden in den Institutionen Justinians gleichfalls die den stoischen Philosophen und klassischen Juristen geläufigen Schulbeispiele — mulsum und collyrium — angeführt.

Bemerkenswert ist hierbei nur, daſs die Verfasser der Institutionen Spezifikation und Verbindung nebeneinander stellen und in geschlossenem Zusammenhang behandeln. Nach unserer obigen Ausführung ist das ganz begreiflich. Was die Digesten in zerstreuter Kasuistik bieten, gelangt hier in geordnetem System zur Darstellung.

Selbstverständlich ist es, daſs in der zitierten Stelle nur von untrennbaren Verbindungen die Rede ist. Daſs die angeführten Beispiele dieses bestätigen, ist durchaus kein Zufall,[291] denn wo eine Trennung der Stoffe als möglich erscheint, da kann sie auch nach Justinianischem Recht, ohne jede Rücksicht auf den Wert der bei jener Verbindung aufgewandten Arbeit, gefordert werden.

## § 5. Die Lehre von der Accession oder Verbindung der Körper.

### I. Die älteste Auffassung.

Im allerengsten Zusammenhange mit der sogenannten Spezifikation steht als Erwerbsart des Eigentums die Accession.

Auch sie dankt ihre Entstehung und Entwickelung nicht positiven Gesetzen, sondern fast ausschlieſslich der schöpferischen

Kraft der Rechtsgelehrten. Auch hier finden wir deutliche Spuren der philosophischen Theorien[292] über das Werden und die Klassifizierung der Dinge.

Eine Ausnahmestellung nimmt die Verbindung fremden Baumaterials mit dem Erdboden oder einem Gebäude ein. Diese Frage war von alters her im Gesetz der zwölf Tafeln geregelt und ist deshalb von vornherein in ihrer Eigentümlichkeit auszuscheiden. Jeder verbaute Balken galt ein für allemal als integrierender Bestandteil des Immobils.

Zwar hob die Verbindung das Recht des Eigentümers am verbauten Material nicht auf, aber dieses Recht konnte nicht geltend gemacht werden. Sowohl die rei vindicatio als auch die actio ad exhibendum versagten, da eine Zerstörung des Gebäudes und Zerlegung in seine Bestandteile auf dem Rechtswege nicht erzwungen werden durfte. Der Staat konnte selbst indirekt seine Hand nicht dazu bieten, daſs ein Erzeugnis schaffenden Fleiſses vernichtet, der vorhandene Kulturstatus herabgesetzt werde, um sei es auch zweifellosen Rechtsansprüchen zu genügen. Über das erbaute Haus breitet das Gesetz seine schirmende Hand, gewährt aber dem in seiner Vermögenssphäre Verletzten durch die actio de tigno juncto reichen Ersatz.[293]

Vor diesem Marksteine altehrwürdiger Gesetzgebung macht die Kunst selbst der spätesten Juristen achtungsvoll Halt. Keinem von ihnen, gleichviel welcher Schule und Richtung er auch angehörte, kam es in den Sinn, jene Vorschrift umzudeuten oder in sein System hineinzuzwängen. Ganz im Gegenteil haben die klassischen Rechtslehrer die Bedeutung der Satzung nicht unwesentlich dadurch erweitert, daſs sie die anfänglich nur auf verbaute Balken gerichtete lex durch Interpretation auf alles Baumaterial ausdehnten.[294]

Wir besitzen hierin einen guten Beleg für die Vorsicht, mit welcher der römische Jurist selbst da, wo er reformierend auftrat, einmal gesetztes Recht hütete und seine Wirksamkeit vorzugsweise unbebauten Gebieten zuwandte.

Im Prinzip hat man auch späterhin an der alten, ursprünglichen Anschauung festgehalten, wonach die physische Verbindung oder Vermengung von Sachen verschiedener Eigentümer keine Änderung der bestehenden Rechtslage herbeiführen dürfe.[295] Man ist aber in der praktischen Durchführung dieses Grundsatzes weitergegangen und hat abweichend von den Bestimmungen über verbautes Material eine sofortige Realisierung des beeinträchtigten Rechtes ermöglicht. Die klassischen Juristen gestatten dem verletzten Eigentümer mit Hilfe der actio ad exhibendum eine Separierung der verbundenen Gegenstände herbeizuführen und sodann die ihm gehörige Sache zu vindizieren. Während also bei verbundenem Baumaterial das Eigentum kraft der zwölf Tafeln faktisch ruht, kann in der ganzen Quellenkasuistik die Verbindung aller übrigen Gegenstände grundsätzlich nach Belieben aufgelöst und das Eigentum mit seinen Konsequenzen verwirklicht werden. Das gilt z. B. für Edelsteine, welche in fremdes Gold oder Silber gefafst wurden, für am fremden Wagen befestigte Räder, für Bretter, aus denen ein fremdes Schiff oder ein fremder Schrank gezimmert wurde, für mit einem fremden Kleidungsstück verbundenen Purpur, für Stücke die einer fremden Statue angeflickt, Verzierungen und Henkel, die fremden Schüsseln und Bechern angefügt waren.[296]

Dieses Prinzip wurde zunächst überall durchgeführt, ohne dafs man darauf Rücksicht genommen hätte, in welchem Verhältnis die verbundenen Sachen zu einander standen: ob sie nach den Verkehrsgewohnheiten als gleichgestellte Gegenstände

oder als Haupt- und Nebensache galten. Ebensowenig beachtete man die Veranlassung der Verbindung: ob sie etwa in gutem Glauben, arglistig oder fahrlässig vorgenommen, oder durch ein zufälliges Ereignis herbeigeführt war.

Nach dieser ursprünglichen Auffassung, die in der Wahrung bestehender Rechte gipfelt, konnte von einem Eigentumserwerb durch Verbindung von Sachen überhaupt nicht die Rede sein, da alle Mittel zu Gebote standen, um die erfolgte thatsächliche Verschiebung der Besitzverhältnisse jeder rechtlichen Wirkung zu entkleiden.

## II. Die Auffassung der Prokulianer.

In den Kreis dieser Anschauungen tritt die gelehrte Rechtsforschung mit ihren Ideen und zwar hat, wie es scheint, die weitere Entwickelung der Frage Labeo in erster Linie gefördert. Wie wir sehen werden, ist er hier erfolgreicher durchgedrungen, als in der Spezifikationslehre, denn trotz mancher Abweichung haben die späteren Klassiker sich ihm wieder erheblich genähert. Wenngleich die neueste und endgültige Accessionstheorie der Pandekten von stoischen Gesichtspunkten beherrscht wurde, so läſst sich dennoch gerade in den späteren Stadien das Bestreben nicht verkennen auch Labeos peripatetischer Auffassung gerecht zu werden.

Die Verbindung von Gegenständen verschiedener Eigentümer haben nach dem Zeugnis der Quellen zuerst Servius Sulpicius, Labeo und Proculus als eine besondere Erwerbsart dinglicher Rechte anerkannt:

> L. 26. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Paulus libro quarto decimo ad Sabinum: Proculus judicat hoc jure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas exspectaretur, si quid additum erit toto cedit, ut

statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lectro fulcrum, navi tabula, aedificio cementum: tota enim ejus sunt, cujus ante fuerant.

Die Konstruktion des Servius und Labeo beruht darauf, daſs eine fremde Sache, welche mit einem Gegenstand von bestimmter Gestalt verbunden ist, auch rechtlich im Zusammenhange mit letzterem bleibe und dem Eigentümer jener Sache zufalle. Es fragt sich, welche Erwägungen diese Juristen veranlaſst haben, den Standpunkt der unbedingten Unverletzlichkeit des Eigentums zu verlassen und der Verbindung von Sachen eine so weitgehende Rechtswirkung beizumessen? Vielleicht handelte es sich hier um die Abwehr einer Zerstörung bereits geschaffener Werte, um den Kampf gegen die kulturfeindliche Vernichtung von Gegenständen, die mit Kunst und Mühe, sei es auch unter Verletzung des bestehenden Rechts, hergestellt waren? Indessen brauchte man deswegen soweit zu gehen, dem Eigentümer der sog. Hauptsache auch den angefügten Bestandteil endgültig zuzusprechen? Die zwölf Tafeln waren mit ihrer Vorschrift über das tignum junctum nicht bis dahin gelangt. Konnte nicht auch hier ein ruhendes Eigentumsrecht mit eventueller Schadensersatzklage als hinreichender Fortschritt gelten? Es muſsten wohl andere Gründe sein, als das Vorbild des alten jus civile, welche Servius und Labeo veranlaſsten, jenen in der Rechtsentwickelung bedeutsamen Schritt zu thun und die Verbindung unter gewissen Umständen als so innig anzusehen, daſs ihnen sogar die Rechtslage hierdurch als verändert erschien. Der machtvolle Einfluſs peripatetischer Erkenntnistheorien führte jene Reform herbei, er war es, welcher das Denken der Juristen zu neuen Rechtsbildungen anregte.

Erst die Form, das εἶδος, welche nach Aristoteles alles beherrscht, das Naturganze, wie die Erzeugnisse der mensch-

lichen Kunst verleiht allen Stücken der Individualsache nicht nur eine neue äufsere Gestalt, sondern auch die innere Einheit. Insbesondere verhalten sich die Teile eines Organismus, ja überhaupt jeder zusammengesetzten Sache wie deren Materie, die feste Gestalt, die Existenz als Ganzes kommt ihnen erst dank der alles umfassenden Form zu. Solange also ein solches *εἶδος* vorhanden ist, können seine Bestandteile nicht als selbständige Dinge gelten, sie sind in ihm als Materie — *ὕλη* — untergegangen und somit überhaupt vernichtet.[297] Das *εἶδος* vereinigt nicht nur, es verschlingt alles dasjenige, was es „per praevalentiam" an sich gezogen hat und ordnet es auch seinem rechtlichen Schicksal unter. Daraus folgt für den Juristen, dafs der Eigentümer einer Sache mit bestimmter Form die Herrschaft auch über alles dasjenige gewinnt, was mit ihr verbunden wurde und in ihrer Gestalt aufging, wie umgekehrt der bisherige Eigentümer des im *εἶδος* absorbierten Gegenstandes sein Recht durch Untergang des Objekts verliert.

Diese Auffassung des Servius und Labeo hat uns der Erzstoiker Paulus[298] überliefert und gerade die Art seiner Wiedergabe ist bezeichnend. Die älteren Juristen, so meint er, legten das Schwergewicht auf die „propria qualitas" derjenigen Sache, mit welcher der fremde Gegenstand verbunden war. Letzterer wird von der Hauptsache „per praevalentiam" angezogen und mit ihr zu einem Rechtsobjekt verbunden. „Propria qualitas" heifst bei Paulus natürlich nicht Eigenschaft in der landläufigen Bedeutung. Das hätte in diesem Zusammenhang gar keinen Sinn, da ja keineswegs die einzelne, vielleicht ganz zufällige Eigenschaft jene Atraktion ausübt, sondern die Sache als Ganzes. In der That ist aber qualitas der lateinische technische Ausdruck für die *ἕξις* oder *ποιότης* der Stoiker, welche, wie wir wissen, die dem *εἶδος* der Peri-

patetiker analoge Kategorie darstellt.[299] Indem sich also Paulus der stoischen Terminologie bedient, sagt er: Servius und Labeo legten alles Schwergewicht auf das εἶδος der Hauptsache, welches durch sein Übergewicht bewirkt, dafs alles, was ihm angefügt wird, in ihm als Materie untergeht. Wie sehr aber Servius und Labeo hier unter dem Einflufs des Aristoteles stehen, ergiebt sich mit noch gröfserer Klarheit aus den praktischen Beispielen, durch welche sie ihren neuen Lehrsatz erläutern. Mit Vorliebe verweist Aristoteles auf Erzeugnisse der Kunst und des Gewerbefleifses, um vermittelst ihrer den Übergang der wesenlosen ὕλη durch die κίνησις zum εἶδος darzuthun. Das Erz der Bildsäule so gut wie ihre einzelnen Stücke, lehrt er, sind eine blofse Möglichkeit des Werkes, welches erst durch die Form zur Wirklichkeit gelangt. Nicht anders verhält es sich mit der metallenen Schale oder einer hölzernen Bettstelle. Stein, Lehm und Holz sind als ὕλη nur die blofse Möglichkeit des künftigen Hauses, welches erst durch sein εἶδος zur Realität erhoben wird.[300]

Sind das nicht genau dieselben Thatsachen und Schulbeispiele, mit denen Labeo und Servius ihre Accessionslehre stützen?

Man könnte sowohl bei den Juristen, als auch bei den Philosophen daran Anstofs nehmen, dafs in den von ihnen übereinstimmend erwähnten und besprochenen Beispielen die zum εἶδος verbundenen Bestandteile einen ungleichen Grad der Entwickelung oder Verarbeitung aufweisen. Arm und Bein einer Bildsäule erscheinen im Vergleich zu den Brettern eines Schrankes und diese wiederum im Verhältnis zum Rohsilber eines Gefäfses oder zum Kalk und Lehm im Gebäude als in einem höheren Grade bestimmt und ausgestaltet. In der That bildet jene Unsicherheit des Verhältnisses der

πρώτη ὕλη zu den einzelnen Entwickelungsstufen, welche sie durchmacht, bis sie in einem gewissen εἶδος zur wirklichen Existenz gelangt, wie bereits bemerkt wurde[301], eine anerkannte Lücke des aristotelischen Systems. Indessen für die Zwecke des Juristen waren diese verschiedenen Abstufungen von keiner Bedeutung. Denn im Verhältnis zum εἶδος der Bildsäule, der Schale, des Bettes, Schiffes oder Hauses haben die Bestandteile gleichviel ob Arm oder Bein, Brett, Rohsilber oder Kalk samt und sonders keine selbständige Existenz; sie gehen alle in gleicher Weise in derjenigen Sache, in dem konkreten Rechtsobjekt auf, dessen Zustandekommen oder Vervollständigung sie dienen.

Die praktischen Beispiele des Servius und Labeo sind aber noch in einer andern Hinsicht von Interesse. Augenscheinlich wurden sie einer philosophischen Schrift entlehnt und gerade die citierte L. 26. pr. Dig. 41. 1 bietet uns ein treffendes Bild der Methode, nach welcher die klassischen Juristen solche Arbeiten benutzten. Den Rechtslehrern lag jedenfalls zunächst daran den metaphysischen Begriff der Verbindung zu einem εἶδος festzustellen und zu schildern, wobei der juristische Gesichtspunkt einstweilen zurücktrat. Anderenfalls hätte das Beispiel mit den verbauten „cementa“ in diesem Zusammenhange niemals stehen dürfen. Denn das rechtliche Schicksal verbauten Materials war bereits lange vor Servius und Labeo durch das Gesetz der zwölf Tafeln endgültig geregelt. Seine Bestimmungen hatten, wie wir wissen, mit der neuen Accessionstheorie nichts gemein und es lag nicht in der Absicht unserer Reformatoren an jenen Satzungen alten unstreitigen Rechtes etwas zu ändern. Daſs wenigstens Labeo die Vorschriften der zwölf Tafeln über das „tignum junctum“ anerkannte, läſst sich nachweisen.[302]

Einem ähnlichen Verfahren der römischen Rechtslehrer, wonach sie bei der Aufzählung kasuistischer Beispiele den juristischen Zweck vorübergehend aus dem Auge lassen, um zunächst die metaphysische Basis ihrer Lehre deutlicher zu beleuchten, begegnen wir in den Quellen auch sonst noch. Ich erinnere nur an die bekannte L. 30. pr. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3,[303] wo die Frage besprochen wird, ob eine Herde als ein Ganzes ersessen werden könne. Um zunächst das Wesen einer Sachgesamtheit klar zu machen, zählt Pomponius neben der grex noch den populus und die legio auf. In diesem Zusammenhang wirkt das natürlich störend, denn Völker und Truppenkörper sind kein Gegenstand des Besitzes und der Ersitzung. Der Jurist will aber vor allem erst darüber aufklären, was man in der Philosophie unter einem „corpus, quod ex distantibus constat" verstehe, und deshalb wird die konkrete Rechtsfrage, was Objekt des Besitzes und der Ersitzung sei, einstweilen scheinbar aufser acht gelassen.

---

Das alles beherrschende εἶδος allein ist es, welches dem Material oder der ὕλη seine Sonderexistenz raubt und an ihm jegliches Sonderrecht vernichtet. Daraus folgt, dafs von einer Beseitigung der Materie und des Rechtes an ihr in den Fällen keine Rede sein kann, wo ein solches εἶδος mit seiner „praevalentia" überhaupt nicht vorliegt. Dort, wo also entweder nur rohe Massen mit einander verbunden wurden oder keine bestimmte Form vorhanden war, welche ein gewisses accidens in sich aufnahm, da hat die Verbindung vom metaphysischen Standpunkt aus nichts Neues geschaffen und bleibt daher auch ohne juristische Folgen. Es ist ganz im Geiste des peripatetischen Systems gedacht, wenn die Schüler und Nachfolger Labeos bei derartigen Verbindungen jede Rechts-

wirkung leugnen und den Beteiligten das Eigentum an ihrem Stoffe belassen:

L. 27. § 2. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Cum partes duorum dominorum ferrumine cohaereant, hae cum quaereretur utri cedant, Cassius ait pro portione rei aestimandum vel pro pretio cujusque partis. sed si neutra alteri accessioni est, videamus, ne aut utriusque esse dicenda sit, sicuti massa confusa, aut ejus, cujus nomine ferruminata est. sed Proculus et Pegasus existimant suam cujusque rem manere.

Aus dieser Stelle hat Ermann den Schlufs gezogen, dafs die Juristen der prokulianischen Schule den Eigentumsübergang durch ferruminatio geleugnet hätten.[304] Hierin läge allerdings eine arge Inkonsequenz. Von derselben Schule wäre damit der Eigentumserwerb durch Accession im allgemeinen aufgebracht und vertreten und zugleich einer ganz besonders festen und engen Verbindung, wie der ferruminatio, jede Wirkung abgesprochen worden.[305] Thatsächlich aber haben sich Proculus und Pegasus über irgend welche besondere Bedeutung der ferruminatio hier gar nicht geäufsert. Im gegebenen Falle beschäftigt sie die Verbindung verschiedener Stoffe ohne jegliches Übergewicht einer bestimmten Form — die wirkungslose Vereinigung von gleichartigen „massae“. Die ferruminatio als spezielle Abart der Verbindung hatte für die Juristen der peripatetischen Schule überhaupt kein aufserordentliches Interesse. Sie gelangt, wie wir später sehen werden, zu exceptioneller Geltung erst unter dem Einflusse stoischer Lehren und ihres konsequenten Materialismus.

### III. Die cassianische Auffassung.

In bestimmten, sicheren Zügen hatten Servius Sulpicius, Labeo und seine Schüler ihre neue Accessionstheorie ent-

worfen. Bald trat ihnen die Kritik der Sabinianer entgegen. Bereits in der Spezifikationslehre haben wir die Beobachtung gemacht, dafs die Juristen der sabinianischen Schule vorzugsweise stoischen Anschauungen huldigten und dafs ihr Widerspruch gegen die prokulianischen Meinungen sich auf abweichende metaphysische Systeme zurückführen liefs; das Gleiche kann in der Accessionslehre nachgewiesen werden.

Als erster selbständiger Kritiker der Ansicht Labeos tritt Cassius[306] auf. Ihm, dem Stoiker fehlt der Glaube an die alles formende und schaffende Kraft des εἶδος. Die Materie ist ihm Urquell alles Seins und daher kann nach der von ihm vertretenen Lehre die Verbindung eines gewissen Stoffes mit einer andern Sache, ja selbst die Einfügung der Materie in eine bereits gegebene Form zu ihrer Vernichtung nimmermehr führen. Denn mit dem fraglichen Stoffe hat sich nichts ereignet, was seinen Untergang herbeiführen könnte. Zwar eine neue ἕξις wurde ihm hinzugefügt, indessen diese ἕξις verschlingt ihn nicht, sie verleiht ihm nur eine neue individuelle Bestimmtheit, die unter Umständen leicht entfernt werden kann, so dafs alsdann der Stoff in seiner unveränderten Gestalt fortbesteht.

Da die Stoa ein Übergewicht der Form nicht gelten läfst, so ist von ihrem Standpunkt aus die Verbindung mehrerer Stoffe etwas für den Bestand der letzteren Gleichgültiges, Wirkungsloses, etwas, was ohne jede Folge wieder aufgelöst werden kann. Für den stoisch gesinnten Juristen ergiebt sich daraus, dafs die sog. Accession auch in der Rechtslage keine Veränderung herbeiführen kann und dafs trotz der Verbindung das am Bestandteil konstituierte Eigentum auch ferner bestehen bleibt. Damit ist zugleich das bereits von den zwölf Tafeln aufgestellte Prinzip aufs neue anerkannt.

Die rei vindicatio freilich soll ohne weiteres nicht angestellt werden, da das fragliche Objekt physisch mit einer fremden, dem Kläger nicht gehörigen Sache zusammenhängt, von deren Bezeichnung verdeckt wird und daher, solange jener Zusammenhang dauert, als selbständiger Gegenstand in der Vindikationsformel nicht genannt werden kann. Neuere Schriftsteller haben in der Lehre von der Spezifikation und Accession wiederholt die „neue Benennung" über Gebühr betont, ja ihr eine entscheidende Rolle zugeschrieben. Es ist klar, dafs die Bedeutung jenes Faktors mit den Anforderungen erschöpft ist, welche an die dingliche Prozefsformel des römischen Rechts gestellt wurden. Von unserem modernen Standpunkt aus vermögen wir nicht einzusehen, inwiefern der neue Name die rechtliche Stellung einer Sache beeinflussen könnte. Die römische Praxis war durch jene Eigentümlichkeit der rei vindicatio gezwungen die actio ad exhibendum vorauszuschicken, damit durch reale Trennung der verbundenen Körper für die Vindikation der Boden bereitet werde. Aber schon die Zulassung jener Klage ist ein Beweis für die Wirkungslosigkeit der Accession.[307]

Als Ausnahme bleibt auch hier nur das verbaute Material bestehen, weil es die positiven Gesetzesvorschriften so bestimmen. Der strenge Stoiker Paulus erklärt direkt, dafs ihn nur die Autorität der zwölf Tafeln dazu zwinge beim tignum junctum für die Dauer der Verbindung von der actio ad exhibendum und der rei vindicatio abzusehen.[308]

Die sabinianische Doktrin zeigt sich hier ganz in demselben Lichte, wie bei der Spezifikation. Weil sie aus metaphysischen Gründen der Umgestaltung und Formgebung keine Bedeutung beimifst, so verhält sie sich zu den labeonischen Neuerungen ablehnend und tritt damit scheinbar auf einen

älteren Rechtsstandpunkt zurück. Daraus ergiebt sich indessen noch keineswegs, dafs die Sabinianer einfach, „die Sätze der älteren Jurisprudenz wiederholt hätten“.[309] Ihre Anschauung ist durchaus neu und neu ist auch deren Begründung; wie die prokulianische Lehre trägt auch sie den Stempel philosophischen Denkens.

---

Vom stoischen Gesichtspunkt aus ist die Verbindung individuell bestimmter Gegenstände eine blofse *παράθεσις*, die zu ihrer Verschmelzung nicht führen kann. Aber auch da, wo eine Vermengung oder Vermischung von nicht individualisierten Rohstoffen in Frage kommt, bleibt das Rechts- und Eigentumsverhältnis unberührt, wofern nur der Stoff noch als vorhanden gilt. Denn, wie wir wissen, haben die *μίξις* und *κρᾶσις* ebensowenig juristische Folgen, wie die *παράθεσις*. Eine Ausnahme bildet, wie gleichfalls bereits früher gezeigt wurde, nur die *σύγχυσις*.[310] Sie ist die Verschmelzung mehrerer Gegenstände, sie führt in der That zur Bildung eines neuen selbständigen Körpers und zur Vernichtung der bisherigen Substanz durch Herstellung einer anderen und hier findet dann auch eine Verschiebung der rechtlichen Beziehungen statt. Das ist der Grund, weshalb Cassius und seine Anhänger unter den späteren Juristen, trotz ihres allgemeinen Widerspruchs gegen die peripatetisch-prokulianische Theorie, nicht umhin können eine Ausnahme zu Gunsten solcher wirklicher confusiones eintreten zu lassen. Wir meinen den vielbesprochenen Fall der ferruminatio.

Was die ferruminatio eigentlich war, ist gewifs eine Frage von grofsem archäologischem Interesse,[311] uns kommt es indessen wesentlich nur darauf an, festzustellen, worin der

Jurist die besonderen Eigentümlichkeiten dieser Art von Verbindung erblickte. Es ist ganz gleichgültig, ob diese Auffassung des Rechtsgelehrten eine vom physikalischen oder chemischen Gesichtspunkte aus richtige war, oder ob sie auch nur dem Stande der damaligen oder gar der heutigen Naturwissenschaften entsprach. Blofs über die Wirkungen müssen wir uns klar sein, welche der Jurist dieser Art von Verbindung zuschrieb. Diese Wirkung aber erblickt Cassius darin, dafs die durch die ferruminatio zusammengefügten Gegenstände miteinander verschmelzen — unitate majoris partis consumi und in einen einheitlichen, gleichartigen Stoff zusammenfliefsen — per eandem materiam facere confusionem.[312]

Ohne Zweifel ist die ferruminatio nach Cassius ein Fall der σύγχυσις, sie bewirkt das Zusammenfliefsen — confusio gleichartiger Stoffe.[313] Eine Auflösung in die früher selbständigen Teile soll nicht möglich sein. Letztere gelten als vernichtet, indem sie in die Gesamtmaterie aufgingen.

Für das Recht folgt hieraus, dafs ein getrenntes Eigentum an den verschmolzenen Stücken nicht mehr bestehen kann.[314] Die actio ad exhibendum und die rei vindicatio werden ausdrücklich beseitigt; die ferruminatio macht tabula rasa und die zugleich mit den Objekten zerstörten bisherigen Rechtsverhältnisse müssen von neuem geordnet werden.[315]

Bei dieser Regelung des durch die Accession geschaffenen Zustandes sind verschiedene Entscheidungen möglich. Nur von einem Miteigentum an der durch die ferruminatio erzeugten Sache nach Mafsgabe der verbundenen Bestandteile kann bei dem besondern Charakter jeder σύγχυσις nicht die Rede sein; das hiefse an endgültig aufgelöste Verhältnisse wieder anknüpfen und in der That wird ein solches

condominium von den stoischen Juristen strikt verworfen. Die neue Sache braucht eben einen neuen Herrn und dieser mufs auf irgend eine Weise gefunden werden. Es wird hier eine völlig selbständige juristische Frage aufgeworfen, zu deren Lösung feste und allgemeine Grundregeln fehlen, deshalb ist ein gewisses Schwanken unvermeidlich. Die verschiedenen Ansichten, denen wir in jenem Zusammenhang begegnen, haben wir zum Teil schon bei der Spezifikation durch *σύγχυσις* kennen gelernt.[316] Auch hier wird unter anderem der Vorschlag gemacht, das Eigentum an der durch ferruminatio erzeugten Sache demjenigen zuzusprechen, in dessen Namen oder Interesse die Verbindung stattfand. Cassius dagegen will das Gröfse- und Wertverhältnis der verbundenen Stücke entscheiden lassen, so dafs der Eigentümer des gröfseren oder wertvolleren Bestandteils das Ganze erhält.[317] Nach cassianischer Auffassung heifst accessioni esse stofflich mit einer Sache verschmelzen, welcher der fragliche Gegenstand an Umfang oder Wert nachsteht. Sollten sich aber solche Gröfsen und Wertunterschiede nicht nachweisen lassen, dann freilich könnte die neue Sache wohl auch zu gleichen Teilen in das gemeinsame Eigentum der Interessenten gestellt oder, wie bereits hervorgehoben wurde, demjenigen zugesprochen werden, durch den oder in dessen Namen die Verbindung stattfand.

Es sind hier demnach zwei selbständige Momente von einander zu scheiden. Erstens die Frage, worin das Accessionsverhältnis besteht, welche mit metaphysischen Hilfsmitteln sicher und zielbewufst gelöst wird. Daran schliefst sich als zweites Problem die Regelung der Rechtsverhältnisse, soweit sie durch natürliche Umwälzung verschoben wurden. Sobald der philosophische Boden verlassen wurde, sieht sich der Jurist, dem es im reinen Rechtsgebiete an festen Prinzipien mangelt,

gezwungen, behutsam tastend zu den verschiedensten Auskunftsmitteln wie Gröfse, Wertschätzung und dergl. seine Zuflucht zu nehmen.

Selbstverständlich beschränkt sich die Accessionslehre der stoischen Juristen mit ihren rechtlichen Wirkungen keineswegs nur auf geflickte Bildsäulen.[318] Die ferruminatio ist ja nur ein blofser Fall der *σύγχυσις* oder confusio, eine Erscheinungsform der materiellen Verschmelzung, der unlöslichen Verbindung bisher getrennter Stoffe. Die allgemeinere Bedeutung dieser Art von confusio wird dadurch noch besonders illustriert, dafs Cassius die plumbatura daneben stellt.[319] Damit meint er die Verknüpfung mehrerer Gegenstände vermittelst fremden Stoffes. Letzterer behält in der plumbatura seinen ursprünglichen Bestand, unterscheidet sich aber zugleich auch von denjenigen Sachen, welche durch ihn miteinander verbunden werden und deren Verschmelzung, wofern sie überhaupt möglich wäre, er als Zwischenglied hindert. Es ist ganz gleichgültig, ob bei der plumbatura Bleigufs oder Befestigung durch Bleiklammern in Frage kommt,[320] eine *σύγχυσις*, ein stoffliches Zusammenfliefsen ist hier jedenfalls ausgeschlossen. Sie ist eine blofse *παράθεσις*, zieht keine materielle Umgestaltung oder Vernichtung nach sich und hat somit auch keine Veränderung der Rechtslage zur Folge.

Während also die Peripatetiker den Grund des Eigentumserwerbes bei der Accession in der Absorbierung des Stoffes durch das „prävalierende“[321] *εἶδος* erblicken, bewirkt die ferruminatio des Stoikers Cassius Untergang des beiderseitigen Eigentums der Beteiligten durch unlösliche Verschmelzung — *σύγχυσις*, confusio — der miteinander verbundenen Stoffe zu einem neuen Objekt.

## IV. Die Accessionslehre der neueren Stoiker.

Die oben geschilderte, recht beschränkte Cassianische Accessionstheorie haben spätere, streng stoisch gesinnte Juristen weiter ausgebildet. Wie in der sog. media sententia der Spezifikationslehre, so sind auch hier einige nicht unwesentliche Änderungen im Sinne der reinen Stoa durchgeführt worden. In beiden Fällen bezweckte man die stärkere Betonung der ἕξις als einer besonderen Kategorie.

Es ist begreiflich, daſs diese Reformatoren insofern vom älteren Stoicismus des Cassius ausgehen, als sie der Verbindung von Sachen und Stoffen verschiedener Eigentümer ohne vorherige Vereinbarung eine rechtliche Wirkung schlechthin nicht beimessen. Auch nach ihrer Auffassung können sich die Beteiligten der actio ad exhibendum und der rei vindicatio gegen den Besitzer des Ganzen bedienen.[322]

Indessen im Anschluſs an die *σύγχυσις* hat dann vor allem Paulus einige weitere streng stoische Sätze entwickelt, die dem ganzen Institut doch ein anderes Aussehen verliehen. Von der ferruminatio, vom Beispiel mit der geflickten Bildsäule ausgehend, erinnert Paulus daran, daſs jedes *ἡνωμένον* d. h. jede Einheitssache kraft ihrer einheitlichen ἕξις den mit ihr stofflich verschmolzenen Gegenstand an sich ziehe[323] und durch ihr Übergewicht als Bestandteil[324] verschlinge. Der Untergang des Eigentums und die Entstehung neuer Rechte beruht demnach nicht nur auf einer Verschmelzung der *οὐσία*, sondern auch auf der sieghaften Kraft der neuen ἕξις.[325] Wie in der spätstoischen Spezifikationstheorie, so wird auch hier die Vernichtung des absorbierten Stoffes nicht als reine *οὐσία*-Frage behandelt, vielmehr vom Verhältnis der ἕξις zur Materie abhängig gemacht. Umfang und Wert der vereinigten Stoffe sind absolut nicht maſsgebend und die Bedeutungslosigkeit

beider wird in gemeinverständlicher Form wiederholt hervorgehoben.[326]

Das Übergewicht — die praevalentia — gehört der ἕξις des einen oder andern Teils.[327]

Accessioni esse heifst nach dieser neuesten Theorie nicht allein im Stoff, sondern vor allem in der ἕξις — dem spiritus — der major species[328] einer andern Sache aufgehen. Kraft dieser Reform wird natürlich das gesamte Gebiet des Eigentumserwerbes durch Verbindung erheblich erweitert und nicht mehr auf die ferruminatio und ihre Analogien beschränkt. Diese Erweiterung erklärt sich aus der stoischen Kategorienlehre ganz von selbst. Denn, wie wir bereits wissen, ist auch die ἕξις als Ausflufs des universellen *πνεῦμα* etwas Materielles und ihre Verbindung mit der *οὐσία* kann somit gleichfalls unter den Begriff der materiellen *σύγχυσις* gebracht werden.[329]

Für das beiderseitige Verhältnis der peripatetischen und der stoischen Schule ist es von gröfstem Interesse zu verfolgen, wie in der praktischen Anwendung metaphysischer Kategorien durch die Juristen die ἕξις im *ἡνωμένον* sich der schöpferischen Wirkung des *εἶδος* scheinbar nähert. Paulus wiederholt eigentlich die peripatetische Accessionstheorie des Servius und Labeo mit seiner stoischen Terminologie und schliefst sich ihr wenigstens äufserlich an mit den Worten: plerique recte putant.[330] So gab es auch hier wie in der Spezifikationskontroverse eine scheinbar oder auch wirklich vermittelnde media sententia.

Nur die philosophische Analyse erklärt die bunten Widersprüche, welche die Quellen in der Accessionslehre unstreitig aufweisen. Meist hat man es versucht die auf diesem Gebiet herrschende Verwirrung zu umgehen oder mit kasuistischen Erklärungen der juristischen Technik zu beseitigen. Dafs indessen Labeo, Cassius und die späteren Juristen prinzipiell ab-

weichende Ansichten über das Wesen und die rechtliche Wirkung der Accession hatten, sollte man doch hier ganz ebensowenig leugnen, wie in der Spezifikationslehre. Diese Gegensätze lassen sich am deutlichsten mit Hilfe derjenigen praktischen Beispiele nachweisen, welche die verschiedenen Klassiker in ihren Lehren anführen. Man wende nicht ein, dafs es sich hierbei um zufällige Widersprüche handeln könne, dafs die Beispiele möglicherweise nicht glücklich gewählt seien und dafs in ihnen die wahre Meinung der Juristen vielleicht gar nicht zum Ausdruck gelange. Wer mit den Schriften der klassischen Philosophie vertraut ist, hat reichlich die Gelegenheit gehabt zu beobachten, in wie hohem Mafse es gerade die praktischen Fälle und Nutzanwendungen sind, auf welchen die vielfach unbeholfen und schwerfällig konstruierten Lehrsätze fufsen. Bei einer nicht hinreichend entwickelten, nicht immer konsequenten Terminologie setzt der Philosoph meist seine ganze Hoffnung auf die sorgfältigst konstruierten und stereotypen Beispiele, durch sie ganz besonders will er sich dem Verständnis seiner Leser näher bringen. Oftmals verschwindet der theoretische Satz hinter einer Fülle empirischen Materials, das in häufiger Wiederholung fortwährend auf seine Brauchbarkeit geprüft wird. Daraus erklärt sich auch der typische Charakter jener von den Philosophen benutzten praktischen Erläuterungen. Sollte es bei den Juristen anders gewesen sein? Das Corpus juris bestätigt in vollem Umfange ein analoges Verfahren und die Accessionslehre bildet hiervon keine Ausnahme.

Um seinen Gegensatz zu Cassius zu betonen, führt Paulus eine Reihe von Accessionsfällen an, welche mit der ferruminatio nichts gemein haben. Denn aufser der auch von Cassius anerkannten statua figurieren bei ihm noch scyphus (Gefäfs)

— in Verbindung mit ansa und fundus (Henkel und Boden), candelaber (Leuchter) mit sigillum (Verzierung), mensa mit pes.[331] Noch deutlicher betont den Einfluſs der individualisierenden ἕξις Pomponius, indem er geradezu verschiedene rechtliche Folgen festsetzt, je nachdem die Verbindung sich auf rohe, ungeformte Stoffe erstreckte oder einer der Bestandteile eine ausgeprägte Form besaſs. Der erste Fall bleibt nach seiner Ansicht als μίξις, κρᾶσις oder παράθεσις rechtlich wirkungslos und wird von ihm nicht weiter analysiert; während die geformte Sache den ihr angefügten Stoff kraft ihres spiritus ganz in sich aufnimmt:

L. 27. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Pomponius libro trigensimo ad Sabinum: Quidquid infecto argento alieni argenti addideris, non esse tuum totum argentum fatendum est: at contra si tuum scyphum alieno plumbo plumbaveris alienove argento ferruminaveris, non dubitatur scyphum tuum esse et a te recte vindicari.

Aber auch späterhin wird das Übergewicht der ausgeprägten ἕξις nicht immer in gleicher Weise eingeschätzt. Spuren der sabinianischen oder kassianischen Auffassung finden sich auch noch bei Paulus freilich gerade da, wo er den Sabinus kommentiert. So erkläre ich den direkten Widerspruch bei der Behandlung der Verbindung von candelaber und sigillum. In l. 6. Dig. ad exhibendum. 10. 4 heiſst es — libro quarto decimo ad Sabinum —, daſs die Vereinigung der beiden genannten Gegenstände durch die actio ad exhibendum zu lösen sei, während nach l. 23. § 2. Dig. de rei vindicatione. 6. 1 libro vicensimo primo ad edictum — hierin ein zweifelloser Accessionsfall erblickt und Eigentumserwerb anerkannt wird. Auch bei Ulpian finden sich Spuren des älteren Stoicismus. In einer Reihe praktischer Fälle, in welchen andere

Vertreter der späteren Stoa Übergang des Eigentums statuieren, hält er die actio ad exhibendum aufrecht.[332] Dahin gehört die Verbindung der Bretter oder Planken mit dem Schiff, die Julian und Paulus als Accessionsfall gelten lassen,[333] ferner die Vereinigung von Henkel und Trinkgeschirr, wobei Paulus[334] Eigentumsübergang eintreten läfst und Purpurstoff als Kleiderfutter, durch Justinian als Accession anerkannt,[335] wahrscheinlich nach dem Vorgang irgend eines klassischen Juristen.

Die Compilatoren freilich, denen die philosophische Denkmethode der Klassiker überhaupt fremd und unverständlich war, haben die Ursache jener Meinungsverschiedenheiten niemals erkannt, die Beispiele aber als kasuistisches, nützliches Material, ohne ihren Inhalt und inneren Zusammenhang zu begreifen, aufgehäuft. Es scheint übrigens, dass sie unwillkürlich die spätstoische Theorie bevorzugten. Das ist um so verständlicher, als zwischen dieser Lehre und der peripatetischen Doktrin eine äufsere Annäherung bestand, während die enggefafste kassianische Meinung dank der gemeinsamen stoischen Wurzel in ihr aufging.

## V. Das Verhältnis der philosophischen Theorien zu den Bestimmungen des jus civile über verbautes Material.

Für das Studium der juristischen Methodologie ist es von Interesse festzustellen, wie sich die von den klassischen Rechtslehrern geschaffene Accessionstheorie in ihrer späteren Entwickelung mit den Satzungen der zwölf Tafeln über das tignum junctum abfand.

Sowohl dem Peripatetiker mit seinem alles schaffenden *εἶδος*, als auch dem späteren Stoiker, welcher der ἕξις als Ausflufs des *πνεῦμα*-spiritus alle individualisierende Kraft beimafs, mufste das mit dem Gebäude verbundene Material als

absorbierte Accession erscheinen. Die selbständige physische Existenz, wie die rechtliche Sonderstellung der verbauten Einzelsachen galten auf Grund jener Systeme als vernichtet. Im Gegensatz hierzu konnten die Vertreter der kassianischen strengen οὐσία-Theorie nur dahin gelangen, Trennung des Materials und Auflösung des Gebäudes zu fordern, es sei denn, dafs die Verbindung unter den Gesichtspunkt einer ferruminatio oder rein stofflichen Verschmelzung fiel.

Keine dieser drei Anschauungen steht im Einklang mit dem Gesetz der zwölf Tafeln. Letzteres gestattet darüber keinen Zweifel, dafs die bisherigen dinglichen Rechte am verbauten fremden Material niemals erlöschen. Sie versinken gewissermafsen in den Schlaf eines Dornröschens, solange die Verbindung des Objekts mit dem Gebäude dauert, um desto gewisser wieder zu erwachen, sobald der Bann fällt und die Fesseln, welche das Material zum Ganzen verbanden, sich lösen. Alsbald erwachen auch die Rechtsmittel, welche das Gesetz dem Eigentümer des Materials zeitweilig entzog.[336]

Damit aber dieses bis dahin wehrlos schlummernde Recht nicht in seiner Existenz bedroht werde, giebt es für verbaute fremde Balken und Steine keine Ersitzung. Trotzdem der Besitzer des Hauses die volle Herrschaft über alle Bestandteile desselben hat, ungeachtet dessen, dafs auch sämtliche übrigen Voraussetzungen der usucapio zusammentreffen, so sollte das alles die rechtliche Stellung des tignum junctum dennoch in keiner Weise beeinflussen.[337] Nur ein prozessualisches Ereignis konnte hierin etwas ändern — die Anstellung der actio de tigno juncto. Kraft dieser Klage galt der Kläger mit dem doppelten Wert des verbauten Materials als abgefunden und damit zugleich die Eigentumsfrage zu Gunsten des Beklagten als erledigt. Diese hohe Einschätzung bot dem

Eigentümer des „tignum“ einen hinreichenden Ersatz für sein vielleicht zur Unzeit verlorenes Gut und galt zugleich als Warnung vor dem böswilligen oder fahrlässigen Verbrauch fremden Materials. Die beiderseitigen rechtlichen Beziehungen gestalten sich nach dem Gesetz der zwölf Tafeln völlig klar. Vor Anstellung und Erledigung der actio de tigno juncto ist und bleibt das verbaute fremde Material im alleinigen Eigentum seines bisherigen Herren, nach Erlegung des duplum ändert sich die Rechtslage; sämtliche Klagen erlöschen für immer und damit auch jeder Rest des bis dahin nur verletzten klägerischen Eigentums.

Die endgültige Beseitigung der rei vindicatio durch Anstellung der actio de tigno juncto erwähnt übrigens erst Justinian. Die klassischen Juristen beobachten über diese Frage Schweigen. Das veranlafst uns, daran zu glauben, dafs ursprünglich die actio de tigno nicht einmal die Vindikation konsumierte. Ein solcher Zustand widerspräche nicht der Tendenz der älteren Anschauung mit ihrer weitgehenden und rücksichtslosen Anerkennung des Eigentums. Das zeitweilige Vindikationsverbot des tignum junctum erschien bereits als ganz aufserordentlicher Eingriff in dieses stärkste und heiligste aller Rechte. Wäre es nicht denkbar, dafs man dem dominus tigni als Ersatz für diese Einbufse eine Extraklage in Gestalt der actio de tigno juncto, unbeschadet seiner übrigen Eigentumsrechte gewährte?[338] Wo das Gesetz sich gezwungen sieht, für bestimmte Fälle mit einem gewissen, althergebrachten Prinzip zu brechen, da sucht es oft durch aufserordentliche, ja harte Mafsnahmen dem thatsächlichen Eintreten dieser Fälle entgegenzuwirken.[339] Zu Justinians Zeit dachte man über die Unbeschränkbarkeit des Eigentums wesentlich anders und betrachtete die actio de tigno juncto nicht mehr als blofsen

Ersatz für das zeitweilige Vindikationsverbot, sondern als hinreichende, endgültige Abfindung.

Diese durch das Zwölftafelgesetz geschaffenen Verhältnisse erfahren eine eigentümliche Behandlung seitens der klassischen Juristen unter dem Einflufs der philosophischen Accessionstheorien. Dank jener besonderen Auffassung der klassischen Rechtslehrer entsteht an dem verbauten fremden Material ein doppeltes Eigentum sowohl des bisherigen dominus tigni, als auch desjenigen, auf dessen Grundstück das Material verbaut wurde. Beide Interessenten werden von den späteren Juristen in gleicher Weise als „domini“ bezeichnet.[340] Wie ist das aber zu erklären? Wir haben es hier mit dem seltsamen Zusammentreffen zweier wichtiger rechtsbildender Faktoren zu thun: einmal dem positiven Gesetz, welches von seiner Anerkennung bestehender Rechte nicht abweichen will und sodann dem schöpferischen, juristischen Gedanken, der aus den Ideen der Zeit heraus und auf Grund gegebener Weltanschauungen neue Vorstellungen erwachsen läfst. Beide aus verschiedenen Quellen hervorgegangenen Rechtsbegriffe bestehen gleichsam als condominium in solidum dem Namen nach nebeneinander und nur die konsequente Beobachtung der Prozefstechnik und anerkannter Klagegrundsätze bewirken es, dafs jene Begriffe, die in der abstrakten Theorie friedlich bei einander wohnen, sich nicht im Raume stofsen.

## VI. Besitz und Ersitzung miteinander verbundener Sachen.

Die Gegensätze, welche in der Rechtsentwickelung durch die Accessionstheorie der klassischen Juristen einerseits und andererseits durch die Vorschriften der zwölf Tafeln über die inaedificatio erzeugt werden, treten mit besonderer Deutlichkeit in der Verjährungslehre zu Tage. Zugleich wird gerade hier

manche Schwierigkeit beseitigt, mancher Widerspruch gelöst, sobald wir uns jenen Dualismus vor Augen halten.

Die Doktrin aller Rechtslehrer, gleichviel welcher philosophischen Richtung sie angehören, stimmt darin überein, dafs eine Änderung der Rechtslage durch Accession nur davon abhänge, ob die einzelnen Sachen trotz der Verbindung ihre Sonderexistenz fortführen, oder ob infolge der Verschmelzung der eine Gegenstand zu Gunsten des andern unterging resp. beide sich auflösten, um eine dritte Sache zu erzeugen. Solange die Körper ihr selbständiges Dasein behaupten, gelten sie auch als gesonderte Rechtsobjekte, von denen jedes seine eigenen rechtlichen Schicksale haben kann. Trotz der Verbindung bleibt jede in der Rechtssphäre ihres bisherigen Eigentümers und ebenso selbstverständlich ist es, dafs an ihnen ein gesonderter Besitz besteht und dafs sie getrennt ersessen werden müssen — utrumque manet integrum.

Diese Wirkung ist von den Quellen im bekannten Beispiel mit dem Goldreif und dem durch ihn gefafsten geschnittenen Stein ausdrücklich anerkannt.[341] Haben am Stein und Ring Besitz und Ersitzung seitens einer und derselben Person zu verschiedenen Zeiten begonnen und sind sie erst später, jedoch noch vor Ablauf der Ersitzungszeit miteinander verbunden worden, so gilt die Ersitzung trotzdem an verschiedenen Zeitpunkten als vollendet. Ja selbst wenn der Stein in einen bereits ersessenen Ring gefügt würde, könnte er dennoch kraft der actio ad exhibendum von ihm getrennt und seinem Eigentümer zurückgestellt werden.[342]

Natürlich bestehen für die in solcher Weise miteinander verbundenen Sachen auch gesonderte Ersitzungshindernisse. Der Stein kann eine res furtiva sein, der Ring nicht. In solch einem Fall wird letzterer ersessen, während die mit ihm

verbundene res inhabilis dieses Schicksal nicht teilt, und währte die Verbindung auch noch so lang.

Der Besitz des „anulus“ mit der „gemma“ ist ein vom Juristen zufällig angeführtes Beispiel und es gilt als selbstverständlich, dafs ganz ebenso jede Verbindung zu beurteilen ist, welche nach allgemeinen Regeln durch die actio ad exhibendum gelöst werden kann. Dahin gehört die Verbindung des Rades mit dem Wagen[343] und andere hauptsächlich im Tit. Dig. ad. exhibendum. 10. 4 angeführte Fälle.

Andere Wirkungen auf die Verjährungslehre hat die Accession im technischen Sinn. Das Wesen dieser Verschmelzung besteht bekanntlich darin, dafs nur eine Sache zur Existenz gelangt, während die andern als vernichtet gelten. In dieser allgemeinen Fassung ist es gleichgültig, ob nach Ansicht der Peripatetiker das *εἶδος* alles verschlingt, ob nach kassianischer Auffassung eine *σύγχυσις*-confusio von Stoffen vorliegt, oder ob, wie die späteren Stoiker behaupteten, durch die einheitliche *ἕξις*-spiritus aus mehreren Körpern ein neues *ἡνωμένον* geschaffen werde. Überall besteht nur ein Rechtsobjekt mit einem rechtlichen Schicksal, ein Besitz und eine Ersitzung. Bei der ferruminatio wird also nach kassianischer und allgemeiner Auffassung nur die Bildsäule, nicht das angeschweifste Glied besessen und usukapiert, ebenso nach peripatetischer und spätstoischer Lehre nur das Schiff, nicht die Planken und Masten, nur das Bett nicht seine Stützen oder Füfse, nur der Becher, nicht der Boden oder Henkel.

In denjenigen Fällen, über deren Accessionscharakter die römischen Juristen nicht einig sind, mufs natürlich auch die Auffassung von der Ersitzung eine ungleiche sein. Bekanntlich wird von den stoischen Rechtslehrern z. B. die Verbindung

vom Schiff und den Planken, vom Purpur und Kleiderstoff, vom Leuchter und seinen Verzierungen, vom Becher und Henkel verschieden beurteilt, je nachdem die altstoische Anschauung oder die neuere Richtung überwog. Hierauf beruht auch jene Scheidung zwischen dem *ἡνωμένον* mit seiner einfachen usucapio und dem *συνημμένον*, wo so viel selbstständige Ersitzungen anerkannt werden, als Gegenstände miteinander verbunden sind.[344]

Die hier entwickelten Sätze finden in den Quellen keinen Widerspruch und auch die herrschende Meinung ist trotz ihrer von den unsrigen abweichenden Ausgangspunkte zu den gleichen Ergebnissen gelangt. Indessen Zweifel und Schwierigkeiten verursachte von jeher die inaedificatio. Hier zeigte sich eine Reihe von Eigentümlichkeiten, die man bis heute mit den allgemeinen Prinzipien nicht zu vereinigen wuſste, insbesondere fanden sich in den Fragmenten der klassischen Rechtslehrer Widersprüche und Unklarheiten, die nicht recht zu beseitigen waren. Und dennoch ist die abweichende Behandlung des verbauten Materials in der Ersitzungslehre leicht zu verstehen, sobald wir uns seine besondere Stellung der Accessionstheorie gegenüber vergegenwärtigen. Zugleich erhalten wir damit einen weiteren Einblick in die Methode der römischen Juristen.

Wie wir bereits wissen, waren die klassischen Rechtslehrer durch G e s e t z e s v o r s c h r i f t daran verhindert ihre philosophische Doktrin auch auf die Verbindung des Materials im Gebäude auszudehnen. Hätten z. B. die Peripatetiker hier freie Hand gehabt, so wäre ohne Zweifel von ihnen jeder gesonderte Besitz am tignum junctum geleugnet worden. Ebenso muſsten sie eine einheitliche Ersitzung seitens des „possessor aedificii“ anerkennen und unter keinen Umständen hätten sie

nach vollendeter Ersitzung des Gebäudes eine besondere Ersitzung des losgetrennten Materials zugegeben oder gar gegefordert. Labeo und Proculus machen in dieser Hinsicht keinen Unterschied zwischen dem Gebäude, dem Schiff, dem Bett, der Statue und dem Becher.[345] Dieser Anschauung hat dann noch Labeo an einer anderen Stelle in sehr merkwürdiger Weise Ausdruck gegeben:

L. 30. § 1. Dig. de usurp. et. usucap. 41. 3: Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilo minus eum usucapturum, si aedificium possedisset.

Hier ist ganz klar der peripatetische Gedanke ausgesprochen, wonach der Besitzer einer gewissen Sache, also auch eines Hauses, alles dasjenige zugleich besitze und ersitze, was in jenem *εἶδος* steckt. Das philosophische Prinzip Labeos ist in einen offenen Kampf mit dem Gesetz der zwölf Tafeln eingetreten und hat ihm im praktischen Recht ein gewisses Gebiet abgerungen. Es ändert an der Sache nichts, daſs der Sieg ein nur bescheidener ist, daſs von der Jahresfrist bloſs zehn Tage für die Ersitzung des Materials im Gebäude gewonnen wurden.[346] Aber wir sehen nunmehr klar, daſs es kein tastendes Billigkeitsgefühl war, was den groſsen Rechtsbildner leitete; wir erkennen hier nicht nur das Streben das jus civile in seinen Härten zu korrigieren, sondern vielmehr den Drang eine als wahr erkannte Weltanschauung, sei es auch nur im Prinzip, zur Geltung zu bringen.

Indem er seine Doktrin zum Siege führt, macht Labeo zugleich auch dem Gesetz ein Zugeständnis. Bekanntlich war nach seiner Auffassung die inaedificatio ein Accessionsfall,[347] es muſste also das Eigentum am Balken dem dominus

aedificii ohne jede Rücksicht auf den Ersitzungsbesitz durch die Verbindung unmittelbar erworben werden. Trotzdem räumt er ein, dafs der Usukapionsbesitz fortdauern und ablaufen solle,[348] während nur die gesetzlich geforderte Unterbrechung des Besitzes zu beseitigen sei.

Anders als die Peripatetiker hätten sich die Stoiker zur Ersitzung des im Hause verbauten Materials gestellt. Für sie wäre die Frage entscheidend gewesen, ob das Gebäude als *ἡνωμένον* oder *συνημμένον* gelten soll. Im ersten Fall konnte das Material ohne jede Rücksicht auf die Dauer der Verbindung nur das Schicksal des Hauses teilen, im zweiten mufste es selbständig ersessen werden, gleichviel ob es während der Ersitzungszeit verbaut war oder nicht. Gar keine Veranlassung aber hatten die Stoiker, die Ersitzung des tignum junctum zu unterbrechen, wie es das Gesetz der zwölf Tafeln forderte. Nach seinen Bestimmungen erschien ein Haus, in welches fremdes Material verbaut war, vom stoischen-rechtlichen Standpunkt aus als neutrum; denn weder war es ein *ἡνωμένον*, noch ein *συνημμένον*: die Verbindung war weder endgültig, noch konnte sie durch die actio ad exhibendum beliebig aufgelöst werden.

Wollte man unter diesen Umständen die Ersitzung des im Gebäude steckenden fremden Materials gestatten, so geriete man damit in Widerspruch zu den Grundregeln jeder Verjährung, welche dort nicht zugelassen wird, wo das Gesetz selbst jede Möglichkeit abschneidet, das durch die Ersitzung bedrohte Recht geltend zu machen.[349] Stellt man sich also auf den Boden der zwölf Tafeln und leugnet man bei der inaedificatio sowohl die Verschmelzung durch Accession, als auch die Möglichkeit einer Trennung der verbundenen Sachen, dann giebt es hier nur noch einen Ausweg — die Usurpation

der Ersitzung. In der That wurde dieser Standpunkt für das jus civile, wie es scheint, von den Juristen allgemein angenommen, deshalb sollte nach Zerstörung des Gebäudes am fremden Material keine neue Ersitzung beginnen, vielmehr die durch inaedificatio unterbrochene fortlaufen. Eben diese Unterbrechung der Ersitzung erzeugte nicht nur Schwierigkeiten in der Praxis, sie trat auch in Konflikt mit der philosophischen Accessionstheorie der Juristen. Es ist abermals ein Peripatetiker, der den Versuch macht, die verwickelte, widerspruchsvolle Sachlage zu klären und zu bestimmten Grundsätzen zu leiten, denn aus diesem Bestreben erklärt sich, wie wir sehen werden, jenes vielbesprochene und bisher kaum verstandene Fragment aus den Episteln des Javolenus:

L. 23. pr. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3. Javolenus libro nono epistularum: „Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere: nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas (v. Mommsen eingeschaltet aedes) non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit. accedit eo, quod, si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse, solum se capturum esse ampliori: quod absurdum et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur, ut puta cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et universitas earum possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet.

Die ganze Stelle ist durchdrungen von philosophischer Denkmethode; nicht um talmudistische Spitzfindigkeiten handelt es sich hier, sondern um das ehrliche Bestreben, die herrschende Weltanschauung und Erkenntnislehre mit dem altererbten Gesetzesstoff zu versöhnen. Nach Javolenus' Auffassung bildet

das Haus ein geschlossenes εἶδος, welches in seiner Form alle darin verbauten Gegenstände umfaſst; es ist, wie er sich ausdrückt, eine abgegrenzte universitas, die nicht anders als in der Vereinigung sämtlicher Bestandteile gedacht werden kann.[350] Nur dieses εἶδος ist Gegenstand des Besitzes und der Ersitzung, nicht aber die Materialien, welche in ihm aufgegangen sind und damit aufgehört haben, begrifflich zu existieren. Vom Augenblick seiner Verbindung mit der Hauptsache an, hätte das tignum junctum einer besonderen Ersitzung nicht mehr bedurft. Denn entweder wäre es durch die Verbindung unmittelbar mit dem Eigentum am Hause verschmolzen, oder es hätte mit dem Gebäude ein einziges ungeteiltes Ersitzungsobjekt gebildet. Trotzdem versucht es Javolenus die gesetzliche Bestimmung über die inaedificatio mit seinem System in Einklang zu bringen. Er behauptet, daſs die Ersitzung eines Hauses also eines Immobils, sich nicht mit der gleichzeitigen Ersitzung der in ihm verbauten Materialien, als res mobiles, vertrüge. Es wäre „absurd" (d. h. unlogisch, gegen die herrschende Erkenntnislehre) und widerspräche dem jus civile, wolle man für das Gebäude als Summe des verbauten beweglichen Materials eine einjährige, für den Baugrund aber eine zweijährige Usukapionszeit festsetzen.

Diese scholastische und unfreie Beweisführung war nur unter einer Voraussetzung verständlich, daſs nämlich nach der für Javolenus maſsgebenden Doktrin Gebäude und Baugrund als Einheitssache aufgefaſst wurden, welche gewissermaſsen den Fremdkörper des tignum junctum verdeckten. Denken wir uns aber, wie das die stoischen Juristen zum Teil ohne Zweifel gethan haben, das Haus als συνημμένον,[351] dann wäre allerdings schwer einzusehen, weshalb die von Javolenus perhorrescierte parallele Ersitzung des verbauten Materials und

des Grundstücks absurd oder unlogisch sein sollte. Und welcher vernünftige Grund widerspräche der Ersitzung fremder Balken im eigenen Gebäude nach Mobiliarrecht? Nach dieser stoischen Auffassung wäre das Haus eben nicht „una res“[352] und genau wie bei der Verbindung des „anulus“ und der „gemma“,[353] so hätten wir auch hier für das Grundstück und die Superficies einen selbständigen Besitz und eine getrennte Ersitzung. Wir könnten uns also sehr wohl den Fall denken, dafs der Erbauer eines Hauses aus fremdem Material auf fremdem Boden durch einjährige usucapio Eigentümer der Balken und Steine würde, um alsdann nach einem weiteren Jahr den Baugrund zu ersitzen.

Nach dieser Darlegung seiner Anschauung befürwortet Javolenus im Gegensatz zu manchen andern Juristen eine Einschränkung des Begriffs des tignum junctum. Am Hause aufgestellte Säulen sollen nicht als zu seinem εἶδος gehörig angesehen werden und in Bezug auf sie könne der actio ad exhibendum und rei vindicatio nichts im Wege stehen.[354] Zum Schlufs versucht es Javolenus sich mit den gesetzlichen Vorschriften über die inaedificatio nach Auflösung der Verbindung abzufinden:

L. 23. § 2. Dig. eod: Si autem demolita domus est, ex integro res mobiles possidendae sunt, ut tempore, quod in usucapione rerum mobilium constitutum est, usucapiantur. et non potes recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt: nam quemadmodum eas solas et separatas ab aedificio non possedisti, sic nec penes te singulae aut separatae fuerunt et cohaerentibus his in aedificio, depositis aedibus, quae hoc quoque ipsum continent. neque enim recipi potest, ut eadem res et ut res soli et tamquam mobilis sit possessa.

Auch hier handelt es sich um einen Vermittelungsversuch zwischen der peripatetischen Doktrin und dem Gesetz der zwölf Tafeln. Nicht nur weil das so vorgeschrieben ist, ruhe die Ersitzung des Materials während seiner Verbindung mit dem Hause, sondern auch weil der Balken durch die inaedificatio begrifflich im εἶδος des Gebäudes untergegangen sei. Er existiere als selbständiger Gegenstand nicht mehr und deshalb könne an ihm kein Besitz und keine selbständige Ersitzung anerkannt werden. Nach der Zerstörung des Gebäudes sei er gewissermaſsen zu neuem Leben erwacht und dürfe nun als bewegliche Sache besessen und usukapiert werden. Immerhin enthält diese Schluſsfolgerung ein Zugeständnis seitens der peripatetischen Doktrin. Denn war der Balken mit dem Hause „una res“[355] geworden und begrifflich mit seinem εἶδος verschmolzen, so muſste er fortan dessen rechtliche Schicksale teilen und auch nach der Auflösung des Gebäudes dem dominus aedificii verbleiben gemäſs dem Satz: „quod ex re mea superest meum est“.[356]

Also trotz aller Bemühungen und dialektischer Konzessionen hat Javolenus die vollständige Vereinigung seiner Doktrin mit dem Gesetz der zwölf Tafeln doch nicht durchgesetzt. Denn letzteres hat niemals einen begrifflichen, physischen und rechtlichen Untergang des tignum junctum anerkannt, um dieser zweifellosen Thatsache gerecht zu werden, sieht sich der Jurist genötigt, die Konsequenzen seines Systems zu durchbrechen und jenen merkwürdigen Scheintod der Sache zu statuieren. Das ist ein charakteristisches Seitenstück zum doppelten Eigentum, welches andere Rechtslehrer am verbauten fremden Material zu finden glaubten. Als dann, wie wir wissen, die spätstoische Accessionslehre sich in ihren Resultaten der peripatetischen Doktrin näherte, hat man die Praxis der zwölf

Tafeln mit den herrschenden philosophischen Prinzipien in der Weise vereinigt, dafs die Ersitzung von beweglichen Sachen, welche miteinander und von beweglichen Sachen, die mit Immobilien verbunden wurden, sich in verschiedener Ordnung vollziehen sollte.[357]

Aufs neue begegnen wir jenen beiden Hauptströmungen, welche die Entwickelung des Rechts in so hervorragendem Mafse beeinflufsten: das lediglich mit Prozefsmitteln operierende jus civile und die konstruktive, aus herrschenden Weltanschauungen abgeleitete Theorie der Juristen. Das zwölf Tafelgesetz schuf nicht geflissentlich grundlegende Rechtsbegriffe, sondern erzielte das erstrebte Gleichgewicht dadurch, dafs es das Klageventil je nach Bedarf bald öffnete, bald schlofs. Die Juristen dagegen sind bestrebt, ohne jede Rücksicht auf Rechtsstreitigkeiten die prinzipiellen Fundamente des Rechtes selbst zu finden, die objektive Lage der Dinge zu erkennen; im gegebenen Fall beschäftigt sie das Werden des Rechts in der Ersitzung.

Nachdem die Accessionslehre von den Juristen geschaffen worden war, gewann die prozessualische Seite für sie insofern Interesse, als durch das neu kreierte Eigentum möglicherweise frühere dingliche Rechte vernichtet, ihre Subjekte verletzt sein konnten. Namentlich fragte es sich, welche Rechtsmittel dem bisherigen Eigentümer der durch die Accession vernichteten Sache einzuräumen wären? Die Angelegenheit wird im allgemeinen natürlich ganz entsprechend der Spezifikationslehre geordnet, so dafs auch in diesem Punkte beide Institute ineinanderfliefsen.

Auch hier besitzen wir keine direkten Beweise dafür, dafs die peripatetischen Prokulianer von Fällen des Dolus oder Delikts abgesehen die Notwendigkeit einer Schadensvergütung

anerkannt hätten. Es ist uns wenigstens nicht gelungen, auch nur die Spur einer selbständigen Ersatzklage zu entdecken; nichtsdestoweniger wird es kaum möglich sein, ihre prinzipielle Zulässigkeit in Abrede zu stellen. Wir dürfen deshalb hier auf dasjenige zurückverweisen, was wir bereits früher im Zusammenhang mit der Spezifikationslehre ausgeführt haben.[358]

Die Cassianer, welche mit Ausnahme der confusio oder *σύγχυσις* jede Sachen- und Rechtsveränderung infolge einer Verbindung verschiedener Körper leugneten, hatten keine besondere Veranlassung über die Ersatzfrage im allgemeinen nachzudenken. Gleichwohl haben sie für den Fall der ferruminatio eine actio in factum zu Gunsten des Verletzten aufgestellt, die denn auch von den späteren Juristen als Hauptklage des Eigentümers der untergegangenen Sache beibehalten und auf alle Accessionsfälle ausgedehnt wurde.[359]

Was die rechtliche Stellung des Subjekts anbetrifft, welches die Verbindung vornahm, so unterscheidet sie sich in nichts von der Lage des Spezifikanten. Wir können daher auch hier auf unsere Darstellung der sabinianischen Spezifikationstheorie und auf die sog. media sententia zurückverweisen.[360]

## § 6. Die plantatio, das avulsum und die satio.

### I. Der Untergang des Körpers durch Verpflanzen — plantatio.

Die Lehre des römischen Rechts, wonach im Erdboden eingewurzelte Pflanzen mit diesem auch rechtlich zu einem Ganzen verschmelzen und daher in das Eigentum des Grundherren fallen, beruht nicht auf positivem Gesetz, sie ist zuerst von den klassischen Juristen als besondere Erwerbsform des Eigentums anerkannt und ausgestaltet worden. Man hat behauptet, dafs sich die Rechtslehrer hierbei auf die Vor-

schriften der zwölf Tafeln über fremdes verbautes Material stützten oder doch dieses alt-civile Gesetz zu ihrem Ausgangspunkt machten. Schon Gajus[361] weist auf eine gewisse äufsere Analogie hin. In der That in beiden Fällen handelt es sich um eine feste dauernde Verbindung fremder beweglicher Sachen mit dem Erdboden. Hier wie dort gefährdet eine Lösung dieser Verbindung wichtige Kulturinteressen, das Gebäude, eine Pflanzung konnten dabei zerstört werden. Gleichwohl bestand zwischen beiden Fällen ein erheblicher prinzipieller Unterschied. Die Anschauungen der Juristen über das Wesen und die Wirkungen der plantatio waren in ihrer Entwickelung nicht durch die Vorschriften des positiven Rechts behindert. Die schwierige Bestimmung der zwölf Tafeln, wonach, trotz vorübergehender prozessualer Sistierung des Rechts, das Eigentum am verbauten Material bestehen bleibt, wird nicht auf Gewächse ausgedehnt, die in fremden Boden verpflanzt wurden. Man war bei Regelung dieser Frage nicht durch Gesetz an die Konservierung des älteren Eigentums gebunden und hatte die Hände frei zu Neubildungen.

Aber auch hier sind die Römer nicht prinzipienlos von sog. praktischen Erwägungen ausgegangen, auch hier leiteten sie den Ursprung und die innere Notwendigkeit ihrer Entscheidungen aus den herrschenden metaphysischen Weltanschauungen ab. Die plantatio wird schon von den Juristen der Republik als eine besondere, selbständige Art des Eigentumserwerbes anerkannt. Alfenus Varus wiefs zuerst daraufhin, dafs eine Änderung des Rechtsverhältnisses eintrete, sobald ein Baum in fremdem Boden Wurzel gefafst habe.[362]

Mit Recht fragen wir, weshalb gerade dem Moment des Einwurzelns eine so weit gehende rechtliche Wirkung beigelegt wird? Von einer untrennbaren Verschmelzung mit dem

Grundstück kann doch auch dann nicht die Rede sein, wenn das Gewächs selbst seit längerer Zeit Wurzel gefafst hat. Ja nicht einmal die Schwierigkeit der Trennung hängt hiervon ab; Gröfse und Gewicht der Pflanze sind dabei entscheidend. Auch für den Bestand einer Anlage, einer Baumschule, eines Obstgartens oder Waldes ist es gleichgiltig, ob Gewächse aus ihm entfernt werden, vor- oder nachdem sie Wurzel gefafst hatten. Legt man andrerseits Gewicht auf die äufsere Verbindung, so ist auch hier die Einwurzelung ganz bedeutungslos, denn damit der Baum Wurzel fasse, mufs er äufserlich ebenso fest im Erdboden stecken, wie wenn er bereits Wurzel gefafst hätte. Völlig gleichgiltig erscheint schliefslich dieses Moment, sobald man sich in der Beurteilung der Frage von wirtschaftlichen Rücksichten auf die vom Grundherren verwandte Mühe und Arbeit leiten läfst. Weder der Volkswirt noch der Zivilpolitiker, noch auch der juristische Techniker werden einen vernünftigen Grund dafür anzugeben wissen, weshalb die rechtliche Verschmelzung des Gewächses mit dem Boden von der Einwurzelung abhängen soll; die Mühe und Arbeit, welche hier in Frage kommt, wurde jedenfalls auch schon vor diesem Ereignis in vollem Umfange geleistet. Was bei letzterem hinzutritt, ist eine spätere Wirkung der Naturkräfte. Trotzdem soll die Arbeit, vordem die Pflanze Wurzel fafste, nichts gelten. Für den Prozefspraktiker tritt die weitere Schwierigkeit hinzu, dafs sich die Thatsache der Einwurzelung kurze Zeit nach der Umpflanzung, d. h. gerade in dem Moment, in welchem die Mehrzahl der hierher gehörigen Rechtsstreitigkeiten beginnt, nicht einmal mit Sicherheit feststellen läfst.

In der That haben sich die römischen Rechtslehrer auch hier von modernen wirtschaftlichen Gesichtspunkten, von Rück-

sichten auf die Arbeit und ihren Wert gar nicht leiten lassen. Für sie waren Erwägungen bestimmend, welche der neueren Wissenschaft bisher entgangen sind.

Wir wissen bereits, dafs die Frage, was die sog. Accession einer Sache sei, für die klassischen Juristen keine ökonomische oder zivilpolitische Bedeutung hatte. Das Wesen der Sache, ihr Zubehör war Gegenstand der naturphilosophischen Untersuchung und Erkenntnis. Wie verhält sich die Pflanze zum Erdboden, auf dem sie steht? Das ist im gegebenen Fall die naturalis ratio, welche allen weiteren rechtlichen Deduktionen zu Grunde liegt.

Die Naturlehre des Aristoteles hat dem Alfenus Varus, Labeo [363] und Nerva die Hand geführt und ihre Anschauungen über die plantatio gebildet. Ob die Autorität des Aristoteles hier unmittelbar wirkte, ob den Juristen Kommentare oder Bearbeitungen durch Philosophen anderer Richtungen vorlagen, ist nicht leicht zu entscheiden. Eine direkte Einwirkung peripatetischer Lehren wäre nicht ausgeschlossen, soweit Labeo und Nerva in Frage kommen. Aber auch hinsichtlich Alfens sind kaum irgend welche Zweifel möglich, da man zu Ciceros Zeit in Rom über die Philosophie des Aristoteles schon hinreichend unterrichtet war.

Jedenfalls darf nicht vergessen werden, dafs es sich hier um eine vorwiegend naturwissenschaftliche Frage [364] handelt, in welcher der Einflufs eines der gröfsten Forscher aller Zeiten und der bei weitem hervorragendsten Autorität im Altertum gar nicht ausbleiben konnte.

Die Pflanze, lehrt Aristoteles, ist völlig auf den Erdboden angewiesen. Sie besteht stofflich aus Erde und Wasser, denn da sie sich aus dem Boden ohne jeglichen Verdauungsprozefs nährt, so erhält sie ihren Stoff unmittelbar aus dem Erdreich

in unveränderter und unverarbeiteter Gestalt.[365] Diesen Ernährungsprozefs vermitteln die Wurzeln und dadurch geschieht es, dafs die Pflanze eben gerade durch die Einwurzelung dem Erdboden, auf welchem sie steht, homogen wird. Die wesentliche Bedeutung der Wurzelfassung für den Baum besprechen in ganz demselben Sinn auch die Juristen. Pomponius erklärt unter Ulpians Zustimmung, dafs Gewächse, welche noch keine Wurzel getrieben haben, unmöglich Bäume genannt werden können.[366] Hat aber die Pflanze einmal Wurzel gefafst, so verschmilzt sie stofflich mit dem Erdboden. Für den Juristen ergiebt sich hieraus der notwendige Schlufs, dafs die Eigentumsfrage an Gewächsen stets danach zu entscheiden ist, auf wessen Grundstück sie wurzeln.

Mit strengster Logik schliefst sich hieran eine Reihe weiterer Folgerungen. Das Miteigentum an einem Baum, dessen Wurzeln sich über die Grundstücke zweier Herren ausbreiten, richtet sich nach dem Gröfseverhältnis der benachbarten Parzellen. Das ist eine durchaus konsequente Entscheidung. Denn da der Baum stofflich von den beiden aneinander grenzenden Schollen erzeugt ist, so hat natürlich jede von ihnen nach Mafsgabe ihrer Gröfse und Ergiebigkeit zur Entstehung und zum Wachstum der Pflanze beigetragen.[367] Ragen dagegen Stamm und Krone in den Luftraum über einem fremden benachbarten Grundstück hinein, so entsteht dadurch kein Miteigentum, vielmehr bleibt der Baum trotzdem im ausschliefslichen Eigentum desjenigen, in dessen Scholle er wurzelt. In den Augen der Juristen wie der Philosophen ist das Gewächs genau so ein homogenes Stück des Bodens, wie die Erdscholle oder der Stein[368] und solange der Zusammenhang durch die Wurzel besteht, kann es eine sachenrechtliche Sonderexistenz nicht haben. Die Tradition einer ein-

gewurzelten Pflanze ist unmöglich, sie hat kein „corpus separatum“.[369]

Die Umpflanzung eines Baumes von einem Fleck auf den andern hat zunächst gar keine rechtliche Bedeutung.[370] Erst die Einwurzelung verwandelt seine bisherige Substanz und macht ihn zum Bestandteil des neuen Bodens. Es ist klar, dafs von Stund an die bisherigen Rechte an ihm nicht mehr bestehen können. Für den Untergang des früheren Eigentums sind hier zwei Gesichtspunkte mafsgebend: die stoffliche Umwandlung durch die veränderte Ernährung und die materielle Verschmelzung mit dem neuen Wurzelboden. Indem er sich auf die Autorität der herrschenden Naturlehre stützt, sagt auch der Jurist vom umgepflanzten Baum: „credibile est alio terrae alimento aliam factam“ und im Sinne einer Verschmelzung mit dem Acker heifst es „arborem“ oder „plantam agro cedere“ oder in noch prägnanterer Weise „arbor meo fundo acquisita est“.[371]

Was also der bisherige Eigentümer hier vindicieren wollte, wäre weder nach Stoff, noch nach Form dieselbe Sache, deren Besitz ihm entzogen wurde. Ebenso gewifs ist es aber andererseits, dafs sein Recht bis zu dem Augenblick, wo das Gewächs durch Einwurzelung mit dem neuen Boden verschmolz und ein anderes zu werden begann, durch nichts beeinträchtigt werden konnte.

---

Die Lehre des Aristoteles hat ihre Herrschaft in der Frage der plantatio ungeschmälert behauptet. Die Autorität dieses gröfsten und vielseitigsten Naturforschers aller Zeiten bestand im Altertum unangefochten. Im Vergleich zu ihm ist die Ausbeute, welche spätere Denker gewährten, nur gering

und auch die Stoiker haben auf dem Gebiet der Naturwissenschaft eine ähnliche Bedeutung weder besessen noch beansprucht. Deshalb ist es ganz selbstverständlich, wenn die späteren Rechtslehrer, trotzdem sie sich im allgemeinen den peripatetischen Ansichten abwandten, in rein naturwissenschaftlichen Fragen unter dem Einflusse des Aristoteles verblieben. Unangefochten behauptet sich bei allen Juristenschulen der Satz: „arborem, quae in meo fundo radices egerit, meam effici“.[372] Trotzdem hat es nicht ganz an Versuchen gefehlt, die Frage der plantatio unter einen anderen, rein stoischen Gesichtspunkt zu bringen, oder doch wenigstens stoische Anschauungen in die Lehre hineinzutragen und zwar ist es wiederum Paulus, der sich bemüht, ein neues Licht auf diese Frage zu werfen:

L. 83. Dig. pro socio. 17. 2. Paulus libro primo manualium: Illud quaerendum est, arbor quae in confinio nata est, item lapis qui per utrumque fundum extenditur an, cum succisa arbor vel lapis exemptus ejus sit cujus fundus, pro ea quoque parte singulorum esse debeat, pro qua parte in fundo fuerat?[373] an qua ratione duabus massis duorum dominorum flatis tota massa communis est, ita arbor hoc ipso, quo separatur a solo propriamque substantiam in unum corpus redactam accipit, multo magis pro indiviso communis fit, quam massa? sed naturali convenit rationi et postea tantam partem utrumque habere tam in lapide quam in arbore, quantam et in terra habebat.

Diese Stelle ist in mehr als einer Hinsicht bemerkenswert. Ein Baum, welcher bisher auf der Grenze zweier benachbarter Grundstücke wurzelte, ist geschlagen worden und es fragt sich nunmehr, in welchem Verhältnis die beiden hieran interessierten Besitzer an seinem Eigentum teilnehmen sollen. Die herrschende, konsequent peripatetische Meinung

richtet sich, wie wir bereits wissen, ganz nach der Gröfse derjenigen Bodenparzellen, welche den Baum von beiden Seiten erzeugten und nährten. Paulus dagegen will diesen Rechtsfall auch noch von einem andern Standpunkt aus behandeln. Bildet nicht der geschlagene oder entwurzelte Baum eine selbständige *οὐσία* oder substantia und welcher Grund liegt dann etwa noch vor, auf seine frühere Verbindung mit dem Erdboden Rücksicht zu nehmen?

Wäre es deshalb nicht zutreffender, den Stamm als eine untrennbare Mischung oder *σύγχυσις* bestimmter Quantitäten gleichartiger Stoffe anzusehen, welche früher im gesonderten Eigentum der Interessenten standen? Wollte man so entscheiden, dann ergäbe sich vielleicht ein ungeteiltes Miteigentum der Grundherren an jener Stoffmischung, als an einem neuen Körper.[374] Freilich, solange die Verbindung der Wurzeln mit der Erde dauert, gilt auch dem Paulus das Gewächs als materielle Accession, als Bestandteil des Bodens, jedoch nach der Trennung erschien es nach seiner stoischen Substanztheorie konsequenter, den Balken als einen durch *σύγχυσις* verschiedener Erdquantitäten neu entstandenen, selbständigen Körper anzusehen. Übrigens erklärt derselbe Jurist am Ende seiner Erörterung über das rechtliche Schicksal des gefällten Baumes die ganze Frage wenigstens an dieser Stelle nur akademisch behandeln zu wollen; in der Praxis gebühre, auch nach seiner Meinung, der Vorrang den aristotelischen Naturlehren, jener naturalis ratio, kraft welcher ein Baum auch nach seiner Trennung vom Boden als Produkt und Bruchstück der benachbarten Grundstücke anzusehen und nach ihrem Gröfsenverhältnis zu teilen sei.

Anders entscheidet Paulus denselben Rechtsfall in L. 19. pr. Dig. communi dividundo. 10. 3 und hier geht er that-

sächlich seine eigenen Wege.[375] So lange der Baum in der Erde wurzelte, heifst es, bestand an ihm kein selbständiges Recht und in Bezug auf ihn könnten die benachbarten Grundbesitzer, auf deren Grenze er stand, eine Teilungsklage nicht anstellen. Nach seiner Trennung hört er auf, ein Erdstück zu sein und wird eine res unita, welche den Grundeigentümern pro partibus indivisis gehören soll: „nam quod erat finitis partibus, rursus confuditur.“ Das ist die bereits oben erwähnte strengstoische Auffassung und denselben Gedanken hat früher schon Cassius entwickelt, indem er bei Verpfändung eines Waldes die daraus gehauenen Balken vom Pfandnexus ausnimmt. Damit auch letztere als verpfändet gelten, bedarf es einer besonderen Vertragsklausel, welche sich ausdrücklich auf die separierten res unitae, „quaeque ex silva facta natave sint“, erstreckt.[376] Nur durch die Philosophie vermögen wir die theoretische Frage, welche Paulus in den zitierten Stellen anregt und bespricht zu erklären. Alle anderen Interpretationsversuche mufsten scheitern, weil die sog. Methoden der juristischen Technik hier nichts herausfinden konnten als ein Spiel mit unverständlichen Worten und dennoch hat Paulus seinen Gedanken für so wichtig gehalten, dafs er ihn dreimal in drei verschiedenen Schriften wiederholte.[377]

Will man aber aus der Zusammenstellung jener Fragmente eine praktische Folgerung ziehen, so kann sich diese nur auf die Normierung der Teile am bisher gemeinsamen Baumstamm erstrecken. Nach dem in L. 83. Dig. 17. 2 vertretenen vorwiegend aristotelischen oder naturwissenschaftlichen Standpunkt wird eine Teilung nach dem Gröfsenverhältnis der benachbarten Grundstücke befürwortet, während 19. pr. Dig. 10. 3 zunächst ungeteiltes Miteigentum, eventuell aber auch körperliche Teilung möglicherweise nach Hälften[378] ins Auge fafst.

Unter keinen Umständen dürfen die beiden Fragmente des Paulus dahin verstanden werden, als wäre in ihnen von einer Teilung beweglicher Sachen in partes pro diviso ohne Aufhebung ihres physischen Zusammenhanges die Rede. Solange der Baum oder Stein stofflich und der Form nach mit dem Grundstücke eins sind, geht natürlich die Grenzlinie der benachbarten Parzellen durch sie hindurch, aber vom Moment ihrer Lostrennung von der Erde werden sie selbständige Körper und von Stund an verliert der Scheidungsstrich für sie jede Bedeutung. Es gilt ein neues Teilungsprinzip zu finden und daraus erwachsen für den Juristen Schwierigkeiten. Um sog. ideelle Teile handelt es sich vor der körperlichen Zerlegung der gemeinsamen Sache jedenfalls und darüber herrscht kein Zweifel, nur ihr Gröfsenverhältnis mufs festgestellt werden.

Einige neuere Schriftsteller thun so, als wenn der klassische Rechtslehrer, wie das Huhn auf den Kreidestrich, seinen Blick starr auf den Schatten der Grenzlinie gerichtet hielt, welcher scheinbar über den Stein oder gefällten Baumstamm hinwegführte.

Das trifft schwerlich zu, um so weniger, als Paulus ausdrücklich erklärt, dafs man es nach Fällung des Stammes mit einer völlig neuen, selbständigen Sache zu thun habe. Was ihn beschäftigt, ist die Frage, ob die stoffliche Herkunft und Zusammensetzung des Körpers aus den Bestandteilen zweier Grundstücke von verschiedener Gröfse bei der Teilbestimmung von Einflufs sein soll oder nicht.

Dafs ein Eigentum an partes pro diviso auch in Bezug auf bewegliche Sachen überhaupt möglich sei, möchten wir nicht bestreiten.[379] Mit Eck, Regelsberger und Randa halten wir das für eine reine Thatfrage und die von den genannten

Schriftstellern zitierten und konstruierten praktischen Beispiele für unbedenklich.

Indessen die Alten sind auf dieses prinzipiell recht bedeutungslose Problem schwerlich eingegangen. Für sie hatte die Regel: „numquam res mobilis pro diviso possideri potest“[380] allgemeinste Geltung und ich zweifle daran, dafs man auch in unserer Zeit diesem Satze kritisch gegenübergetreten wäre, wenn nicht die ganz irrtümliche Interpretation von L. 83. Dig. pro socio. 17. 2 uns dazu veranlafst hätte, im Leben und Verkehr nach Belegen für eine Anschauung zu suchen, die von vornherein ein unfruchtbares, scholastisches Gepräge an sich trug.

Ebensowenig dürfen wir uns auf die Alten berufen, um die schwierige und ganz unpraktische Streitfrage zu lösen, wie ein Besitz an solchen unabgetrennten Teilen einer beweglichen Sache zu verwirklichen sei. Die Teilbesitzer würden durch diese theoretische Konstruktion in eine thatsächlich unerträgliche und undefinierbare Lage versetzt. Was könnten sie beherrschen, wie weit erstreckte sich ihre Macht? Wächter,[381] von dem diese Frage zuerst angeregt wurde, hat sich auf L. 27. § 2. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1 berufen. Gewifs nicht mit Recht. Es wird hier die Wirkung besprochen, welche die physische Verbindung zweier Gegenstände zur Folge habe, deren Individualität trotzdem gewahrt bleibt, weil keinem der beiden Objekte nach Auffassung der peripatetischen Juristen ein überwiegendes εἶδος zukommt. Das ist der Grund, weshalb es ungeachtet der Verbindung heifst: „suam cujusque rem manere“.[382] Die Juristen beschäftigt aber hier nur die Eigentumsfrage und in ihr tritt durch eine solche Vereinigung der Gegenstände gar keine Veränderung ein. Wem der Besitz zukommt, davon ist in diesem Zusammenhang überhaupt

nicht die Rede. Möglicherweise war keiner der Beteiligten Besitzer, sondern eine dritte, aufserhalb stehende Person. Wie der klassische Jurist den Thatbestand auffafst, handelt es sich gar nicht um die Teilung eines Einheitskörpers, sondern um die widerrechtliche Verbindung zweier selbständiger Körper. Es soll durchaus keine neue Besitzform sanktioniert, sondern ein rechtlich unhaltbarer Zustand auch thatsächlich möglichst bald beseitigt werden.

---

Wie wir gesehen haben, gingen die Alten in der Lehre von der plantatio konstruktiv vor; sie wollten neue Begriffe schaffen oder aus ihren allgemeinen Weltanschauungen ableiten. Eine weitere Frage war es dann, ob diese Kategorien sich mit der bisher üblichen Prozefspraxis vereinigen liefsen. Wie eventuell die Teilung der selbständigen durch Verschmelzung entstandenen „massa“ des geschlagenen Baumes zu bewerkstelligen sei, darüber bestanden bereits feste Grundsätze. Man bediente sich der sog. vindicatio partis, später wurde, vielleicht unter dem Einflufs des Paulus, auch die actio communi dividundo zugelassen.[383]

Es handelt sich hier aber hauptsächlich noch um ein anderes Prozefsproblem. Wichtig ist die Frage, welche Hilfsmittel dem durch die Verpflanzung seines Baumes in ein fremdes Grundstück Geschädigten zu Gebote stehen? Denn das Eigentum am eingewurzelten Gewächs erwirbt, auch wenn die Pflanze eine fremde war, unter allen Umständen der dominus fundi und dieser Erwerb tritt ein ohne Rücksicht darauf, ob der Grundeigentümer, der Eigentümer des Baumes oder dritte Personen die Umpflanzung vornahmen.

Am einfachsten gestaltete sich die Entschädigungsfrage, wenn derjenige, dessen Gewächs im fremden Boden versetzt wurde, gleichzeitig gutgläubiger Besitzer dieses Bodens war. Er konnte vom klagenden Eigentümer des Landes vermittelst der exceptio doli Ersatz für alle seine notwendigen und nützlichen Verwendungen fordern. Die Ausübung des jus tollendi freilich blieb hier ausgeschlossen.[384] Dieses Recht an eingewurzelten Pflanzen ausüben, hiefse nach der philosophischen „naturalis ratio“ Stücke des Streitgegenstandes selbst, seiner Substanz davontragen.

Die Anhänger ausschliefslich volkswirtschaftlicher Tendenzen in der Rechtsbildung werden voraussichtlich unsere Ergebnisse anfechten und den Grund dieser Beschränkung des jus tollendi wieder im vielgerühmten praktischen Instinkt der römischen Juristen suchen; fanden sie doch ohne jede Kenntnis der heutigen Nationalökonomie stets das Richtige, eben weil sie angeblich niemals vom Ballast theoretischer Abstraktionen beschwert waren. Dafs bestehende Kultureinrichtungen des privaten und öffentlichen Lebens im allgemeinsten Interesse möglichst zu schützen und zu erhalten seien, diese Erwägung war bereits der Bauernklugheit der zwölf Tafeln geläufig und ist auch den klassischen Juristen gewifs nicht verloren gegangen. Aber der Gesichtskreis der grofsen Rechtslehrer war weiter und für vieles, was vielleicht schon früher geübt wurde, fanden sie neue Begründungen, die aus dem Stande der zeitgenössischen Wissenschaft geschöpft waren. Nur zu leicht sind wir geneigt, die Überzeugungskraft von Ideen, welche unsere Zeit nicht mehr beherrschen, zu unterschätzen, nur zu leicht vergessen wir, dafs es sich dort um ebensolche Durchgangs- und Entwickelungsstadien des menschlichen Urteils handelte, wie es diejenigen Lehren sind, unter deren Einflufs wir selbst stehen.

Durch Wegfall des jus tollendi sind die Rechte des malae fidei possessor an dem von ihm auf dem streitigen Lande gepflanzten Bäumen äufserst beschränkt. Er hat nur eine Ersatzforderung, wenn die Anpflanzung unter den Begriff der notwendigen Verwendungen fällt. Das wird natürlich nicht sehr häufig vorkommen. Es gehören dahin Ergänzungen bestehender Baumschulen, Fruchtgärten und Waldungen, Uferbefestigungen, Abwehr von Flugsand durch Hecken oder Bäume und ähnliche Fälle.[385]

Auch wenn ein furtum oder eine dolose Rechtsverletzung die Ursache des Verlustes bildete, konnte der Geschädigte mit Hilfe der entsprechenden Deliktsklage leicht die Vergütung erlangen.[386]

Schwierigkeiten entstanden in der Ersatzfrage da, wo der Eigentümer des verpflanzten Gewächses am Wurzelboden keinen Besitz ausübte, sei es, dafs er ihn niemals hatte, sei es, dafs er ihn später einbüfste und überdies keinem Dritten die Entwendung der Pflanze zur Last gelegt werden konnte. Hier war es in der That nicht so leicht, im vorhandenen Prozefs- und Klagensystem ein zweckentsprechendes Rechtsmittel zu finden.

Mit dem Untergang des Objekts galt das Eigentum als erloschen, von einer Vindikation des Gewächses konnte daher keine Rede sein. Die Pflanze hatte andererseits als selbstständige Sache infolge der Einwurzelung aufgehört zu existieren, sie war also als Rechtsobjekt durch ein Naturereignis vernichtet und wo sich, wie z. B. beim avulsum, menschliche Beihilfe nicht nachweisen liefs, scheint es, konnte von Ersatzklagen überhaupt nicht die Rede sein. Ebenso schwierig war die Vergeltung da zu beschaffen, wo der Eigentümer der Pflanze sie selbst in fremden Boden versetzt hatte. Konnte man hier

nicht sagen, dafs er, sei es auch irrtümlich oder fahrlässig, seine Sache mit eigener Hand zerstört und damit sein Recht preisgegeben habe? Nur wo der Grundeigentümer oder dritte Personen die Umpflanzung eines fremden Gewächses veranlafst hatten, erschien es unbillig, dem Verletzten jede Entschädigung abzusprechen; das war um so unthunlicher, als die actio de tigno juncto mit ihren weitreichenden Wirkungen eine überzeugende Analogie bot. Nichtsdestoweniger schuf man hier keine obligatorische Ersatzklage, sondern knüpfte an das zerstörte dingliche Recht, wie Erman treffend bemerkt, an das „Exeigentum" an. Unsere Gewährsleute bringen eine rei vindicatio oder actio in rem utilis in Vorschlag. Man will früher die Beobachtung gemacht haben, dafs es die Prokulianer waren, welche diese besondere Klage erfanden.[387] Mehrere Beispiele, nach denen gerade Juristen dieser Schule für jenes Rechtsmittel eintraten, liegen in der That vor, gleichwohl wird die Frage sich schwerlich befriedigend entscheiden lassen, solange wir das vorhandene Material nur von den bisher üblichen Gesichtspunkten aus betrachten. Was veranlafste hier gerade die peripatetisch gesinnten Rechtslehrer auf die Spuren oder Reste eines im ganzen vernichteten Eigentums zurückzugreifen, um daraus eine dingliche Klage zu konstruieren? Liegt darin nicht etwa ein Widerspruch zu ihrem System? Wie es uns scheint, nicht im geringsten, vielmehr bietet gerade die Verwendung der actio in rem utilis ein beredtes Beispiel für die Kombinierung prozessualischer und philosophischer Erwägungen, welche in der Methode der klassischen Rechtslehrer so charakteristisch ist.[388] Wenn der Jurist den Untergang der Pflanze nach ihrer Einwurzelung als einer selbständigen Sache behauptete, so that er das unter dem logischen Zwang jener von ihm rückhaltslos acceptierten Naturanschauung. Nach

dieser naturalis ratio konnte man von der gesonderten Existenz des Baumes nicht mehr reden, ihn durch die actio ad exhibendum vom Boden nicht mehr trennen und vindizieren. Aber trotz der Verschmelzung mit dem fremden Grundstück, trotz seiner stofflichen Umwandlung war der Baum nicht nur in seiner bisherigen Gestalt den Sinnen wahrnehmbar, nicht nur ein Schein seines bisherigen εἶδος liefs sich erkennen, sondern auch ein stofflicher Rest seines früheren Daseins bestand noch. Sobald das Billigkeitsgefühl den Gedanken an die Entschädigung[389] des Verletzten nahelegte, liefs sich an diesen Rest eines Objekts, welches ehemals in seinem Eigentum gestanden hatte, anknüpfen. Man konnte immerhin noch sagen „aliquid apud possessorem resedit“ und im Zusammenhang damit einen dinglichen Rechtsschutz aufrecht erhalten, welcher gegen jeden Besitzer der verwandelten Pflanze wirksam war. Wie wir bereits gesehen haben, schlugen in der Spezifikationslehre die Juristen der Mittelmeinung ein ganz analoges Verfahren ein. Trotzdem die neue ἕξις mit ihrem Übergewicht dort die οὐσία verschlang und eine Rückbildung zum früheren Zustande ausschlofs, so konnte die rei vindicatio utilis dem verletzten Stoffeigentümer dennoch in gewissen Fällen gewährt werden, da die substantia immerhin als durch die ἕξις gefesselt, nicht aber eigentlich als vernichtet angesehen wurde. Die utilis in rem actio bedurfte nicht aller Voraussetzungen der rei vindicatio. Es genügten ihr einige dingliche Anknüpfungspunkte und gewisse Reste der Sachexistenz. Diese Reste würden natürlich niemals hinreichen, um eine Herausgabe des Streitgegenstandes selbst herbeizuführen, aber einer litis aestimatio standen die veränderten Verhältnisse nicht entgegen und darauf kam es bei diesen actiones in rem utiles nur an. Sie waren ihrer Wirkung und ihrem Ziel nach Ersatzklagen, sie be-

zweckten Vergütung des erlittenen Schadens, keine Herausgabe der Sache und waren daher nur denkbar bei der Elastizität des dinglichen Prozesses im klassischen Recht. Das wird heute von niemand mehr bestritten.

### II. Der Untergang des Körpers bei der avulsio.

Nach allem, was wir jetzt über das Wesen und die Wirkung der implantatio wissen, bedarf es wohl keiner weiteren Erklärung, weshalb die Verbindung von Erdschollen, Steinen und angeschwemmten Landfetzen mit Grundstücken ganz nach den gleichen Prinzipien behandelt wurde. Auch hier lag das Schwergewicht auf einer Verschmelzung mit der Erdsubstanz, auf stofflichem Ineinanderwachsen bisher getrennter Körper. Man hat in der neuern Litteratur die Ansicht ausgesprochen, „dafs sich die Wirkung der avulsio lediglich auf die angetriebenen und demnächst eingewurzelten Bäume und Pflanzen bezöge, das Erdreich werde nur um der Bäume und Pflanzen willen erworben und ebenso sei unter der ‚crusta quae coaluit‘ kein reiner Erdklofs, sondern ein Rasenstück zu verstehen“.[390] Diese Darstellung wird dem leitenden Prinzip der römischen Juristen nicht gerecht. Pflanze und Erdreich sind stofflich ein und dasselbe. Der Baum verschmilzt durch Einwurzelung mit dem neuen Boden und bildet mit ihm eine Spezies, das angeschwemmte Land wird aber nicht um der Bäume und Pflanzen willen erworben, sondern weil seine Bestandteile nach den Regeln der μίξις völlig mit dem Erdreich des neuen Grundstückes vermengt wurden, so dafs sie sich voneinander nicht mehr trennen lassen. Was für Rechtsmittel könnte der geschädigte Eigentümer denn auch noch anwenden? Der rei vindicatio fehlte es an einem selbständigen Objekt, die miteinander verwachsenen Erdbestandteile bilden einen fundus.[391] Die vin-

dicatio quantitatis mufs versagen, weil es für die abgerissene und angeschwemmte Bodensubstanz kein Mafs giebt, wie etwa bei vermischten Getreidehaufen.[392] Es besteht also auch für den Verlust des Eigentums an der Erdscholle eine selbstständige Ursache. Das Hauptgrundstück, die angeschwemmten Pflanzen und die zur avulsio gehörige Erde verschmelzen zu einem Rechtsobjekt, aber jedes der anwachsenden Dinge verliert seine Sonderexistenz und seine frühere rechtliche Stellung nach einem besonderen Prinzip: die Pflanzen durch Einwurzelung, das Erdreich durch untrennbare *μίξις*.

## III. Der Untergang der Körper durch Aussäen — satio.

Eine der implantatio analoge Behandlung hat in den Quellen die sog. satio gefunden; hin und wieder werden beide Arten des Eigentumserwerbes sogar nebeneinander gestellt und nach denselben Prinzipien erläutert. Gleichwohl besteht die rechtliche Eigentümlichkeit der satio darin, dafs der Moment des Rechtserwerbes von den klassischen Juristen nicht mit Bestimmtheit fixiert wird. Das hat von jeher Veranlassung zu Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten gegeben. In der späteren Litteratur ist öfters die Frage aufgeworfen worden, was denn nun bei der satio von entscheidender Wirkung sei, das blofse Ausstreuen der Saat oder erst das Keimen und die Einwurzelung der Körner?

Eines steht fest, für die rechtliche Beurteilung der satio war den Römern die Beziehung zum Boden mafsgebend — omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur. Wem die Herrschaft über das Land zukommt, der darf auch seine Erträge und Erzeugnisse beanspruchen und das rechtliche Schicksal der Saat bestimmt sich ganz nach der jeweiligen rechtlichen Lage des Grundstückes. Den Ertrag der Saat

sieht der römische Rechtslehrer als eine blofse Funktion des Bodens an, die Erde allein „leistet“ die Ernte, wie z. B. der Sklave seine Arbeit.[393] Die Aussaat und die damit verbundene Mühe wird an sich rechtlich nicht berücksichtigt und kann selbständige Ansprüche nicht erzeugen.

Das ausgestreute Saatkorn wurde also jedenfalls als Bestandteil des Bodens angesehen und auch hierin liefs sich der Jurist von seinen naturphilosophischen Anschauungen leiten. Letztere allein waren mafsgebend, gleichviel ob wir das Moment des Erwerbes in das Ausstreuen oder Aufkeimen des Kornes setzen. Knüpft man den Eigentumserwerb an das Aufkeimen, so ist die Analogie mit der plantatio augenscheinlich und alle für letztere geltenden naturales rationes waren dann auch für die satio entscheidend. Dafs nach dem Aufkeimen der Saat ihre Verschmelzung mit dem Boden stattfindet, kann also nicht bezweifelt werden. Es fragt sich nur, ob nicht nach Ansicht der klassischen Juristen eine Vereinigung bereits vor dem durch das blofse Ausstreuen der Körner stattfand?

Neuerdings hat Czyhlarz[394] behauptet, es wäre geradezu sinnlos, die Rechtsfolgen an den Augenblick des Aufkeimens zu knüpfen. „Soll ich, fragt er, noch Eigentümer der bereits ausgesäeten Getreidekörner sein? soll ich sie noch vindizieren dürfen? soll ich sie aus dem Acker wieder aussuchen? Alles das, meint er, wäre unpraktisch, hier sei vielmehr mit der Vollendung der Saat das frumentum pars fundi geworden.“

Nach welchen Grundsätzen eine solche völlige Gleichstellung der implantatio und satio sinnlos und unpraktisch sei, hat Czyhlarz uns nicht erklärt und seine Vergleichung der einzelnen spärlichen Quellenzitate wird auch nicht überzeugend wirken. Die Frage ist erst dann gelöst, wenn zwingende

prinzipielle Gründe nachgewiesen werden, welche den Untergang des Eigentums bereits nach dem Ausstreuen der Saat herbeiführten und letztere sofort zu einem Bestandteil des Bodens machten.

Zunächst freilich erscheint die Vermengung der Erde mit dem Saatkorn als eine *παράθεσις*, denn Sand- und Getreidekörner liegen als selbständige Stoffe und Körper nebeneinander — singula corpora in sua substantia durant.[395] Es tritt hier physikalisch der gleiche Fall ein, wie wenn das Getreide verschiedener Eigentümer in einem Haufen vermengt wurde und diese Thatsache zieht, wie wir wissen, keine rechtlichen Folgen nach sich. Zwar die rei vindicatio ist ausgeschlossen, weil ja keiner der Interessenten die ihm gehörenden Körner zu bezeichnen im stande ist, wohl aber tritt eine vindicatio quantitatis, eine actio pro modo frumenti in Kraft, mit deren Hilfe der Geschädigte wenigstens die ihm gehörige Menge ausscheiden und beanspruchen kann.[396]

Indessen die Ähnlichkeit zwischen der satio und *παράθεσις* ist eine nur sehr äufserliche. Was der Mischung von Erde und Getreidekörnern einen besondern Charakter verleiht, ist die völlige Unmöglichkeit die verschiedenen Stoffe voneinander abzusondern. Es giebt kein Verfahren, keine Sachverständigen — artifices —,[397] welche die Ausscheidung der Getreidekörner aus dem Felde herbeizuführen im stande wären. Die vindicatio quantitatis setzt solche Vermengungen gleichartiger Stoffe voraus, kraft deren es dem Kläger gleichgültig sein mufs, welchen Teil er z. B. aus dem gemeinsamen Getreidehaufen erhält. Hier aber kommt nach stoischer Auffassung eine untrennbare Verschmelzung, eine *σύγχυσις* zwischen dem Erdboden und den Saatkörnern zu stande. Die *ἕξις* des Feldes hat die Körner „per unitatem“ verschlungen und dank der untrennbaren

Verbindung zu einem Körper ihre selbständige stoffliche Existenz vernichtet.

Ebenso deutlich erklärt sich der Untergang des Getreides, wenn wir uns auf den Boden der peripatetischen Theorie stellen. Als vegetabilische Körper sind die Saatkörner stofflich der Erde gleich. Denn Samen und Früchte bilden sich aus dem Überschufs der Pflanzennahrung, die, wie die Pflanze selbst, stofflich aus Erde besteht.[398] Von diesem Gesichtspunkt aus ist es also gleichgültig, ob man Getreide- oder Sandkörner auf den Acker streut, und es erklärt sich daraus, dafs bei der satio von vornherein ein gänzlicher Untergang des Eigentums an den Körnern anerkannt wurde. Im Gegensatz zur implantatio gab es hier niemals eine rei vindicatio utilis; es bestand keine Spur, kein Rest des bisherigen Rechtes mehr, vom Körper des Objekts war nicht das Geringste mehr vorhanden, worauf man zurückgreifen konnte. Nur eine exceptio doli wird dem Geschädigten gewährt, falls er durch Besitz des fremden Ackers in die Rolle des Beklagten kommen sollte.[399] Aber bis zu einer direkten Schadensersatzklage haben es die Quellen, wie es scheint, niemals gebracht. Nach dem von uns dargestellten Entwickelungsgang enthielte der Mangel einer solchen Klage nichts dem Wesen der Sache Widersprechendes, das Schweigen hierüber wäre kein zufälliges.

Wiederum steht der römische Jurist unter der Herrschaft seiner allgemeinen Weltanschauung und ihres Systems. Wiederum sind einzelne praktische Zwecke, sog. wirtschaftliche und rechtspolitische Erwägungen, die dem modernen Juristen als alleiniger Leitstern einer brauchbaren Rechtsentwickelung erscheinen, ohne jede Berücksichtigung geblieben. Man mag jenes Übergewicht des Erdbodens im Vergleich mit anderen wirtschaftlichen Gütern auf den hohen Kapitalwert des ge-

pflegten und künstlich bewässerten fundus italicus schieben. Man kann zugeben, dafs er regelmäfsiger Bearbeitung keinen so urwüchsigen Widerstand entgegensetzte, dafs seine Erträge als in weit höherem Grade vor klimatischen Einflüssen gesichert galten, wie solches in der Wildheit und rauhen Unkultur Germaniens im Mittelalter der Fall war; dadurch allein läfst sich die tiefe Kluft zwischen dem deutschen „Wer säet, der mähet“ und den Lehren der klassischen Rechtsbildner über die plantatio und satio nicht überbrücken. Welche unbegreifliche Gleichgültigkeit bei den Römern gegen wirtschaftliche Vorgänge von augenscheinlichster Bedeutung! Lag es nicht nahe genug, die Ernte, um derentwillen die Saat geschah, ins Auge zu fassen? War sie doch das natürliche und notwendige Ergebnis der Verbindung des Erdreichs mit dem Korn. Gleichviel ob in gutem oder bösem Glauben, eine kulturelle Leistung war durch das Ausstreuen eigenen Getreides auf dem fremden Acker jedenfalls erfolgt und nach der modernen Terminologie Arbeit und Kapital aufgeopfert worden. Aber nie sind die römischen Juristen darauf verfallen, die Aussaat an sich zu berücksichtigen, sei es auch, indem man das Ergebnis jener Verbindung von Kapital, Arbeit und Unternehmerauslagen wenigstens abwartete, um alsdann im Interesse aller Beteiligten über den Gewinn zu verfügen. Die weitreichenden Befugnisse des bonae fidei possessor an der Kultur des fremden Grundstückes erstrecken sich nicht auf die Aussaat, sondern nur auf bereits gewonnene Früchte. Ersatzforderungen hinsichtlich der Auslagen und Unkosten für die satio konnte, wie bereits erwähnt, nur der Besitzer des besäeten Ackers geltend machen. War aber dieser Besitz noch vor der Ernte verloren gegangen, dann gab es für die satio überhaupt keine Vergütung mehr. Nicht die objektive

Schätzung unbestreitbarer ökonomischer Werte ist hier mafsgebend, sondern die Stellung derjenigen Sache, welche allein noch besteht, d. h. des Grundstückes im Prozefs. In diesem Rechtsstreit gilt die Saat weder als selbständiges Objekt noch als unabhängiges wirtschaftliches Gut, sondern nur als Werterhöhung oder Zuwachs des alleinigen Streitgegenstandes, des Ackers, als Ausgabe zu seiner Verbesserung.[400]

Aber auch wenn man mit den modernen Schriftstellern hier von einer „organischen Verbindung" der Saat oder des Baumes mit dem Boden spricht, ist für unser heutiges Rechtsbewufstsein mit der römischen Entscheidung nichts gewonnen. Welche Überzeugungskraft liegt für uns im Ausdruck „organische Verbindung"? Steht sie denn einer nachträglichen Trennung der Pflanze vom fremden Grundstück entgegen? Und wenn wir davon Abstand nehmen müssen, unser ausgesäetes Getreide aus dem fremden Felde herauszusuchen, so liegt das doch auch nicht an der „organischen Verbindung". Für uns ist dieser Ausdruck eine blofse Phrase, für die Römer dagegen hatte die Lehre von der stofflichen Verschmelzung überzeugende Kraft. Sie konnten dort nicht rechtlich ordnend eingreifen, wo sie an den Bestand einer selbständigen Sache nicht mehr glaubten.

Wie eines machtvollen Sturmes Wehen erfafste die Reception das deutsche Land. Die von reichen Kulturschätzen erfüllten und aus einheitlichen Weltanschauungen gestalteten Normen des römischen Rechts drangen kraft ihrer gewaltigen Überlegenheit durch, ohne dafs man sich darüber Rechenschaft zu geben vermochte, was alles hinter ihnen steckte. In jedem Falle war die kritiklose Anwendung der römischen Lehren über die plantatio und satio auf germanischem Boden ein schädlicher Gewaltstreich und alle Bemühungen den klassischen Rechtslehrern unfertige moderne Ideen unterzuschieben vermögen

hieran nichts zu ändern. Die Kluft zwischen der einfachen, klaren Antike und unserer widerspruchsvollen, gärenden Zeit besteht trotzdem und es ist besser, wir decken sie in ihrer ganzen Weite auf, als dafs wir durch gekünstelte Vermittelungsversuche das Bild einer in ihrer Einheitlichkeit grofsen Kulturperiode trüben, uns aber im eigenen Denken hemmende Schranken auferlegen.

## § 7. Die Veränderung der Körper durch Bemalen und Beschreiben.

### I. Das Bemalen der Körper — pictura.

Ein interessantes und wichtiges Gebiet für den Wettstreit der philosophischen Systeme um die Herrschaft über das Leben bildet die Beurteilung der Kunst, insbesondere der Malerei, im Rechtsverkehr. Auch in dieser Frage zeigt sich der klassische Jurist weit mehr als universeller Denker, denn als Rechtspraktiker. Er schöpft hier keineswegs aus der Kasuistik der Gerichte, entscheidet keine mehr oder weniger wichtigen Rechtsfälle, um aus diesen vereinzelten Beobachtungen seine Regeln abzuleiten. Vielmehr scheint es uns, dafs er künstlich Thatbestände konstruierte, die in der Praxis der Gerichte vielleicht gar keine Rolle spielten, um nach dem Vorgange der Philosophen an der Hand jener Schulbeispiele leitende prinzipielle Sätze zu erörtern.

Wie das Recht die Malerei an sich beurteilt, das ist eine Frage, welche geklärt werden kann, nur wenn man das rein künstlerische Ergebnis des Malens frei von seinen körperlichen Substraten ins Auge fafst. Denn jedes Bild ist auf einem physischen Gegenstand, und sei es auch nur ein Stück Lein, hergestellt; diese Substrate, — Holztafeln, Metallplatten, Wände oder Mauern — sind aber selbständige Rechtsobjekte. Was

das Bild als reines Kunstprodukt rechtlich gilt, kann nur festgestellt werden, insofern man es unabhängig von jener körperlichen Grundlage beurteilt. Das geschieht am einfachsten, wenn man dem Bilde und der Tafel einen verschiedenen juristischen Ursprung anweist und voraussetzt, dafs der Maler oder Besteller des Bildes am Substrat keinen Anspruch besafsen. Dadurch wird ein Gegensatz erzeugt, welcher die beste Gelegenheit bietet, die Stellung des reinen Kunstwerkes rechtlich zu fixieren.

Hiervon ausgehend haben die römischen Quellen, wie das auch nicht anders sein kann, mehrfache Meinungsverschiedenheiten aufzuweisen. Darin freilich stimmen die Rechtslehrer aller Richtungen überein, dafs die Malerei niemals selbstständiges, vom Substrat losgelöstes Rechtsobjekt sein könne; als Bild ist die Farbe kein Körper, kann nicht gefafst werden, ist kein *ἁπτόν τι.* Die Kunst, lehrt Aristoteles, schafft den vom Stoff frei dastehenden Begriff des Werkes;[401] ein Körper entsteht hier erst durch die Verbindung mit dem Substrat und die Wirkung dieser Vereinigung ist Gegenstand der einschlägigen Untersuchung.

Der grundlegende Bericht über diese Frage stammt von Paulus. Alles, was auf einer mir gehörigen Tafel gemalt wurde, sagt er, geht damit sofort in mein Eigentum über, und obgleich einige Rechtslehrer im Hinblick auf den Wert der Malerei anderer Meinung sind, so soll das Bild dennoch im Eigentum desjenigen stehen, dem die Tafel gehört, da ohne letztere die bildliche Darstellung niemals hätte zu stande kommen können.[402]

Es fragt sich, wer waren jene Vorgänger des Paulus, deren Ansicht er nicht teilt und worauf gründeten sie ihre abweichende Auffassung? Wir dürfen mit Bestimmtheit sagen,

es waren die peripatetischen Juristen, welche die Bedeutung der Malerei gegenüber ihrem Substrat in den Vordergrund stellten[403] und zwar handelt es sich hier wiederum um die Anwendung der aristotelischen Lehre vom Verhältnis der Form zur Materie.

Bekanntlich tritt uns bei Aristoteles der Begriff der Materie in einer doppelten Beziehung entgegen: Einmal als die jeder Wirklichkeit entbehrende, blofs mögliche *πρώτη ὕλη* und sodann als Substanz, als aktuelles Sein, welches die Grundlage immer weitergehender Entwickelung bildet. Jene Substanz oder *οὐσία* ist es, an welche die Stoiker, wie bereits erwähnt, im Gegensatz zu Aristoteles als an die erste Kategorie anknüpfen. Diese Substanzen können nach der peripatetischen Lehre durch Verbindung mit einem neuen *εἶδος* viele Stadien der Veränderung durchlaufen, so dafs, was in einem Falle schon Form war, in Beziehung auf einen neuen Gegenstand wiederum das Substrat — *ὑποκείμενον* — bildet. Jedes individualisierte Objekt hat somit zunächst seine *πρώτη ὕλη*, die es mit allen anderen Objekten teilt und überdies noch seine besondere *ἐσχάτη* oder *τελευταία ὕλη* oder die Substanz, aus welcher es unmittelbar durch sein konkretes *εἶδος* entsprossen ist.[404] Diesen Vorgang des Werdens durch Verbindung der *ἐσχάτη ὕλη* mit der individuellen Form dehnt Aristoteles auf organische und unorganische Dinge, auf Natur- und Kunsterzeugnisse gleichmäfsig aus. Ja er demonstriert den Prozefs des Werdens mit Vorliebe an solchen Gegenständen, welche ihre Entstehung menschlicher Thätigkeit oder Kunstfertigkeit verdanken. Nach dem Realismus des Aristoteles fallen die Begriffe und die konkreten Dinge zusammen. Das begriffliche Wesen wird von der Sache, welcher es zukommt, nicht unterschieden.[405] Jede Substanz ist also nach der einen Seite hin Form, nach der anderen Stoff und schliefslich an

sich ein aus Stoff und Form zusammengesetztes Resultat. Beurteilen wir nach diesen Anschauungen die Entstehung eines Gemäldes, so erscheint die Tafel — tabula — als blofses Substrat, als *ὑποκείμενον* oder als *ἐσχάτη ὕλη*, welche in der Stufenleiter des Werdeprozesses von der Malerei als dem letzten und neuesten *εἶδος* verschlungen wird. Der Begriff des Bildes als solcher besteht und ist gleichbedeutend mit dem Dinge, dem er zukommt. Im Kunstwerk als im Ganzen ist die tabula, sofern sie früher eine selbständige Sache war, begrifflich untergegangen. Denn obgleich auch die Tafel ihr eigenes und selbständiges *εἶδος* hatte, so ist sie für die neue Form des Bildes doch nur *τελευταία ὕλη* und als solche wiederum nur die passive Möglichkeit einer neuen Wirklichkeit — des Gemäldes. Der bereits oben betonte Begriffsrealismus der Peripatetiker gestattet es, die pictura als selbständiges *εἶδος* seinem *ὑποκείμενον* — der tabula gegenüberzustellen und ihm überzuordnen. In diesem Sinne heifst es: tabula picturae cedit.

Unsere Darstellung, so geläufig sie dem in den philosophischen Systemen der antiken Welt Bewanderten sein wird, kann den modernen Rechtsforscher in seinen socialen, kulturellen und wirtschaftspolitischen Erwägungen natürlich nur befremden. War er es doch bisher immer gewohnt, im Zusammenhang mit der hier berührten Frage Betrachtungen über die Bedeutung der Arbeit im Altertum anzustellen. Meist bemühen sich die neueren Schriftsteller nachzuweisen, dafs schon die klassischen Juristen eine gewisse Vorstellung vom Werte jeder produktiven Kunst gehabt hätten, wie wenn es gälte die ersten Anfänge der Civilisation bei Zulukaffern und Buschmännern festzustellen. Glaubt man etwa, dafs der vornehme Römer der Kaiserzeit sein ästhetisches Feingefühl nicht weit besser schulen und entwickeln konnte und auch thatsächlich

entwickelte, als der modern gebildete Durchschnittsphilister in seiner Mietskaserne? Die einfältige Bemerkung, dafs ein Ölgemälde des Apelles oder Parrhasius kostspieliger sei, als eine billige, ordinäre Holztafel, stammt bekanntlich von Justinians Kompilatoren[406] und nicht von den klassischen Rechtslehrern, die solcher Banalitäten zu ihrer Beweisführung schwerlich bedurften. An so selbstverständliche Dinge haben sie vielleicht wohl auch gedacht, sich aber nicht ausschliefslich von ihnen bestimmen lassen. Denn aus jenen tröstlichen Betrachtungen über den allgemeinen Fortschritt der Menschheit, über die stetig wachsende Anerkennung der Ästhetik und des Gewerbefleifses reifst unseren modernen Kulturforscher die peinliche Wahrnehmung, dafs die klassischen Rechtslehrer gerade in ihrer späteren Entwickelung diesen erfreulichen, kunstverständigen Gesichtspunkt haben fallen lassen und scheinbar in tiefste Barbarei zurückgesunken sind. Kein anderer als Paulus bezeichnet jene Anschauung der „quidam", die dem Gemälde ein gewisses „pretium" beilegten, als eine irrtümliche, welche aufgegeben werden müsse. Nicht einmal die Namen seiner Gegner nennt er uns, und seine neue Lehre lautet: das Kunstwerk hat keine selbständige Existenz, es giebt kein Gemälde, welchem ein von seiner Tafel gesondertes Wesen zukommt. Ein Bild ist eigentlich nichts als ein gefärbtes Stück Holz oder Leinwand, da es ohne letzteres nicht entstehen könnte. Die Raphaelische Madonna hat also als Sache kein eigenes Dasein, sie ist die Accession des Zeugfetzens, auf welchem sie gemalt wurde, denn ohne diesen käme sie nicht zu stande. Und von wem stammt diese Meinung? Etwa vom Vandalen Geiserich und seinen Mannen oder von den tierischen Hunnen des Attila, von den Bilderstürmern der Reformation oder den fanatischen Jüngern des Islam? Nein, vom höchsten Beamten

des lebensfrohen römischen Weltreiches, desjenigen Staates, welcher innerhalb seiner Grenzen alles vereinigte, was die antike Kultur an ästhetischen Gütern geschaffen und aufzuweisen hatte, welcher über die herrlichsten Kunstschätze verfügte, die das menschliche Ingenium aller Zeiten hervorzubringen vermochte. Woher also jener Rückfall von einem erleuchteten Standpunkt in die finstere Nacht unbegreiflicher Barbarei? Ähnliche Betrachtungen und Fragen drängen sich uns unwillkürlich auf, sobald wir an die Denkweise der klassischen Rechtslehrer den Mafsstab des modernen Rechtspolitikers legen. Da aber ein solches Ergebnis unhistorisch, unsinnig und daher unhaltbar ist, so liegt hierin ein neuer Beweis dafür, dafs die Alten in dieser Rechtsfrage unmöglich so gedacht haben können, wie wir. Den ästhetischen Wert des Bildes hatten die römischen Juristen aller Schulen und Richtungen zweifellos genau so gut erkannt, wie unsere Zeitgenossen und auch die sittliche und wirtschaftliche Bedeutung jeder Mühe und Anstrengung lag keineswegs aufserhalb ihres Gesichtskreises. Weder braucht man die peripatetischen Rechtslehrer als ausschliefsliche Verteidiger ästhetischer Weltanschauungen hinzustellen, noch Paulus als einseitigen Verächter jeden künstlerischen Schaffens. Nicht nach Fort- oder Rückschritt in der Wertschätzung der Kunst sollen wir hier fragen, denn in der juristischen Deduktion werden all diese Dinge nicht in erster Linie berücksichtigt, sondern offenbar nach etwas anderem. Wie bei seinen Vorgängern und Gegnern, so handelt es sich auch bei Paulus nur darum, ob die „pictura“ ein selbständiges Rechtsobjekt sei oder nicht. Es gilt vorerst zu entscheiden, ob dem Bilde an sich und unabhängig von seinem Substrat eine eigene Existenz zukommt und in welchem Sinne es möglicherweise sein Substrat beherrscht? Diese Fragen aber

können nur nach den Regeln des herrschenden metaphysischen Systems gelöst werden.

Ganz selbstverständlich ist es, dafs für Paulus hierbei nur die stoischen Lehren mafsgebend sein konnten. Die Stoa geht in ihrer Erkenntnistheorie von der konkret sinnlichen Substanz — der *οὐσία* als erster Kategorie aus. Im Gegensatz zum aristotelischen Begriffsrealismus erblickt sie das Seiende nur im Greif- und Sichtbaren. Während bei den Peripatetikern die Substanz, insofern sie Substrat ist, kein eigenes Sein hat, erscheint dem Stoiker das *ὑποκείμενον* gerade als Wesen des Dinges. Dieses *ὑποκείμενον* kann durch Qualitäten — die sog. *ποιότητες* — zwar näher bestimmt werden, verleiht aber als wahrhaft Seiendes diesen Bestimmungen erst die eigentliche Realität. Die *ποιότητες* sind also nicht wie das *εἶδος* das schaffende Prinzip in der Sache, bedingen nicht wie dieses das Entstehen und Vergehen der Dinge, sondern bewirken blofs eine qualitative Veränderung der letzteren.

Betrachtet man von diesem Gesichtspunkte aus das Verhältnis der pictura und der Maltafel zu einander, so ist von vornherein klar, dafs der Grundlage als dem *ὑποκείμενον* oder Substrat die wahre Realität zukommt, während die Bemalung als qualitative Veränderung oder *ποιότης* der echten Substanz, der tabula erscheint. Es ist streng stoisch gedacht, wenn Paulus von der pictura als einer solchen *ποιότης* sagt, sie könne ohne ihr Substrat, die Tafel nicht bestehen. Da also dem Bilde als solchem keine Realität zukommt, so kann es auch nicht Objekt von selbständigen dinglichen Rechten sein oder werden und mufs bedingungslos demjenigen zufallen, der einen Anspruch auf den Gegenstand hat, dem es anhaftet.

---

Trotz unserer prinzipiellen Einwände gegen das entscheidende Übergewicht ästhetischer Einflüsse in der Lehre von der pictura, liegt doch immerhin die Frage sehr nahe, ob denn, abgesehen von den metaphysischen Systemen und ihrer grofsen Bedeutung, künstlerische und ethische Momente in der verschiedenen Beurteilung der Malerei im Rechtsleben gar keine Rolle gespielt haben? Gerade über die Kunst gingen die Ansichten der Peripatetiker und Stoiker weit auseinander. Während ihr Aristoteles eine Bedeutung beimifst, wie keiner unter den Denkern des Altertums, sind die Stoiker in das entgegengesetzte Extrem verfallen, indem sie, wenigstens in ihren Reden und Schriften, die Mehrzahl der Künste auf das entschiedenste verdammten.

Freilich auch Plato, welcher das Merkmal der Kunst in der Nachahmung erblickt, verhält sich zu ihr im allgemeinen abweisend. Sie ist ihm nichts als Spiel, erstrebe nur den Genufs und die Unterhaltung, nicht aber Belehrung und Nutzen. Sie will gefallen, schmeichle daher den Sinnen und Gelüsten der Menge und wirke verweichlichend und verderblich auf Volk und Staat. Um dieses zu vermeiden müsse die Kunst und ihre Ausübung in jedem Gemeinwesen unter strenge Aufsicht gestellt werden und alles, was darin den Zwecken des staatlichen Lebens widerspricht, sei unerbittlich zu untersagen und zu entfernen. Unter dieser Voraussetzung gewinnt Plato der Kunst dann allerdings auch einige positive Seiten ab. Sofern sie von sachverständigen und tugendhaften Richtern überwacht und den Einflüssen der Menge entzogen werde, könne ihre Ausübung die Menschheit sogar zum Guten führen und veredeln. Was Plato hier vertritt, ist eigentlich derselbe Standpunkt, welcher in der sog. lex Heinze mit ihren Abänderungen und Zusätzen den deutschen Reichstag beschäftigte und die

öffentliche Meinung des deutschen Volkes in so aufserordentliche Aufregung versetzte. Jedenfalls ist dem Plato die freie Kunst eine bedenkliche und gefährliche Erscheinung, die offen als solche anerkannt und mit allen Mitteln bekämpft und gezügelt werden mufs. Ganz anders urteilt Aristoteles. Zwar erblickt auch er das Wesen der Kunst in der Nachahmung, letztere hat aber bei ihm eine ganz andere Bedeutung als bei Plato. Sie enthält nach seiner Meinung nichts Schädliches und Gefährliches, in ihr äufsere sich vielmehr der Drang des Menschen nach Wissen und Einsicht. Im Bilde erkenne man den dargestellten Gegenstand wieder, das erwecke den Trieb des Lernens und in der Erzeugung dieses Strebens stehe die Kunst der Philosophie würdig zur Seite, beide hätten die gleichen Ausgangspunkte und Ziele. Denn wie die Philosophie so soll auch die künstlerische Darstellung nicht das Einzelne suchen, sondern stets auf das Allgemeine gerichtet sein. Daraus stammt der Idealismus des Aristoteles in der Kunst. Nicht wie die Dinge im einzelnen sind, müssen sie künstlerisch behandelt werden, sondern wie sie nach dem höchsten Gesetz sein sollten. Der Maler will z. B. zugleich treffen und verschönern. Deshalb hat die Kunst die sittlichsten Ziele und Bestrebungen: sie dient der Erholung, der Bildung und genufsreichen Beschäftigung, endlich zur Reinigung und Beruhigung aller Affekte.

Es ginge zu weit, wollten wir hier das eingehende Programm des Aristoteles über die Bedeutung der Kunst noch näher ausführen. Die Tiefe und Kraft seiner Auffassung trägt der hohen kulturellen Bedeutung der Künste in unparteiischer Weise Rechnung, sie ist voll Wahrheit und Aufrichtigkeit, so dafs auch unsere heutigen ästhetischen Anschauungen in vieler Hinsicht sich ihrem Einflufs noch nicht entzogen haben.

Es ist also nicht ganz undenkbar, dafs die peripatetischen Juristen neben ihrer metaphysischen Spekulation auch das „pretium" des Kunstprodukts bis zu einem gewissen Grade berücksichtigten.

Neben diesen umfassenden, menschlich hochstehenden Lehren spielt das stoische Programm in seiner übertriebenen Einseitigkeit keine glückliche Rolle.

Von jeher hat man den Spitzen und Führern des Stoicismus in der Kaiserzeit hinsichtlich mancher Äusserungen Mangel an Aufrichtigkeit vorgeworfen.[407] Ihr Leben, umringt vom raffinierten Luxus und üppigster Verschwendung einer verweichlichten Kultur, harmonierte schlecht mit dem herben, unerbittlichen Asketismus ihrer Theorie. Auch hierin stehen, wie wir sehen werden, der Philosoph und Jurist auf dem gleichen Boden.

Was die Stoa im Gegensatz zu Aristoteles über die Kunst dachte und lehrte, ist zum Teil auf cynische Einflüsse zurückzuführen. Den Hauptzug bildet Verdammung jedes Luxus und völlige Gleichgültigkeit gegen ästhetische Eindrücke. Geht doch Seneca so weit, dafs er die Malerei und Skulptur überhaupt nicht als „liberalia studia" anerkennt. Diese Fertigkeiten seien doch nur den Sinnen dienstbar und ganz und gar nicht dazu angethan unsere Vollkommenheit zu fördern. Maler und Bildhauer stellten ihre geistigen Kräfte den materiellen Lüsten zur Verfügung, sie ständen daher in nichts über den Köchen und Salbenmischern. All' diese Kunstfertigkeiten niederer Art — viles artes — böten zwar dem Leben mancherlei Vorteile und Erleichterungen, hätten aber mit der wahren Tugend nichts gemein.[408] Verachtung und Geringschätzung spricht sich in jedem der Worte Senecas aus, ja sogar mit den Ringkämpfern werden die Vertreter der bil-

denden Künste verglichen, mit den Jüngern jener „Wissenschaft“, deren Hauptelemente aus Öl und dem Kot der Arena beständen.

Obgleich sie sich in ihren Deklamationen nicht ganz so weit fortreifsen lassen, offenbaren die stoischen Juristen der Kaiserzeit immerhin eine gewisse Abneigung kostspieligen, künstlerischen Liebhabereien Rechnung zu tragen. Wir erinnern nur an das bekannte Gutachten Ulpians, wonach Fresken und künstlerische Ausschmückungen einer gefährdeten Wand als „immoderata luxuria“ von der Schadensberechnung der cautio damni infecti auszuschliefsen seien.[409] Indessen die letzte Konsequenz ziehen die späteren Rechtslehrer aus ihrer Kunstverachtung doch nicht; nie sind sie soweit gegangen Bilder und sonstige ästhetische Erzeugnisse oder die zu ihrer Herstellung erforderliche Mühe schlechthin für wertlos zu erklären. Auch im Streite über das Rechtsverhältnis der pictura zur tabula trägt Paulus, wie wir sogleich sehen werden, den vermögensrechtlichen Interessen des Malers durchaus Rechnung, wenngleich er die Vindikationsfrage zu seinen Ungunsten entscheidet.[410]

In der Beurteilung der rechtlichen Bedeutung der Malerei durch die stoischen Juristen hat also die Ästhetik und ihre Stellung im System der Weltanschauungen jedenfalls keine hervorragende Rolle gespielt, im Vordergrunde steht hier ohne Zweifel die metaphysische Lehre vom Bestande und der Wesenheit des selbständigen Körpers als Rechtsobjekts. Diese Erkenntnistheorien bildeten die Kraft der stoischen wie der antiken Philosophie überhaupt. Was dagegen über die Eitelkeit der Kunst und aller sinnlichen Genüsse raisoniert wurde, verfiel als hohle Phrase, als unpraktisches Schlagwort von der Nichtigkeit aller Dinge, welches in alternden Kulturperioden, im

Kreise einer entnervten Gesellschaft als patologisches Symptom der Übersättigung mit Notwendigkeit auftauchen mufs.

---

Eine nähere Beleuchtung erhält jener Gegensatz der peripatetischen Lehre von der „pictura“ zur stoischen durch die verschiedene Art, wie die Juristen beider Schulen den **Rechtsschutz** des in seinem Vermögen Geschädigten ordnen. Nach stoischer Auffassung war der Maler der Verletzte. Er büfste jeden Anspruch an sein Kunsterzeugnis zu Gunsten des dominus tabulae ein, welchem die rei vindicatio in Bezug auf die Tafel nach wie vor der Bemalung verblieb. Hiervon abgesehen wird eine besondere dingliche Klage auf Herausgabe des Bildes als eines Ganzen dem Maler nicht eingeräumt. Die stoischen Rechtslehrer bringen das gesamte Verhältnis unter den Gesichtspunkt der Verwendungen oder Impensen auf das Streitobjekt — den bemalten Gegenstand. Die entsprechenden Rechtsmittel sind daher, wenn der Maler im Besitz des Bildes ist, im Wege der Verteidigung die exceptio doli und das Retentionsrecht.[411] Ob aufserdem noch eine besondere Ersatzklage zur Anwendung kam, ist zweifelhaft. Unmöglich wäre es nicht, dafs hierfür bereits den klassischen Juristen die actio in factum als zulässig galt.[412]

Zu einem andern Resultat mufsten die Peripatetiker gelangen. Weil die pictura als realer Begriff, als *εἶδος* die tabula — ihr *ὑποκείμενον* absorbiert hatte, so war sie das erste und wirkliche Objekt des Eigentums, welches natürlich durch alle dinglichen Rechtsmittel geschützt wird. Wenn der Maler im guten Glauben sein Kunstwerk auf der fremden Tafel angefertigt hatte, ohne Kenntnis von diesem fremden Eigentum zu haben, so wird ihm und nicht dem dominus

tabulae die rei vindicatio zuerkannt. Mit dieser Klage dringt er überall, sogar gegen den dominus tabulae selbst durch:

> L. 9. § 2. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Gajus libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum: adversus dominum vero tabularum ei qui pinxerit rectam vindicationem competere dicimus, . . .

Weil aber der Maler der wahre Eigentümer ist, so kommt die Vindikation natürlich auch allen denjenigen zu gute, auf die er seine Ansprüche und Befugnisse überträgt, unter anderen also auch dem Besteller des Bildes.

Trotz Anerkennung dieses allgemeinen, durchaus konsequenten Prinzips, stellten sich in der Praxis Schwierigkeiten entgegen, welche durch die besondere Lage des dominus tabulae hervorgerufen wurden. Teilte man auch nicht die Auffassung der Stoiker, wonach seine dinglichen Rechte durch die Malerei in keiner Weise berührt wurden, so liefs sich das Begründete seiner Ansprüche dennoch nicht bezweifeln und man war bestrebt ihnen Befriedigung zu verschaffen. Es ist auffallend, dafs im ganzen Gebiet der Rechtsverletzungen in Folge von Spezifikation und Verbindung der Körper kein Fall sich nachweisen läfst, wo die Ersatzfrage mit gleicher Sorgfalt erwogen wurde, wie hier.

Zunächst ist es selbstverständlich, dafs der böswilligen Bemalung fremder, entwendeter Gegenstände kein Rechtsschutz gewährt wird. Dieser Standpunkt wurde von den Prokulianern bereits in der Spezifikationslehre festgehalten.[413] Als Schutzmittel dient die actio furti:

> Gai Inst. II. § 78: Illud palam est, quod sive tu subripueris tabulam sive alius, competit mihi furti actio.[414]

Im Verteidigungswege steht dem dominus tabulae, falls er zugleich Besitzer des Bildes ist, die exceptio doli und das

Retentionsrecht zu Gebote bis ihm vom Kläger der Wert der Tafel ersetzt wird:

Gai Inst. II. § 78: certe secundum hanc regulam si me possidente petas imaginem tuam esse, nec solvas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoveri.[415]

Das ist eine merkwürdige Konstruktion. Offenbar wurde der Umstand, dafs der dominus tabulae sein Material einbüfst, unter den Gesichtspunkt einer notwendigen, sei es auch unfreiwillig gemachten, Verwendung gebracht und dem entsprechend beurteilt. Unwillkürlich fällt uns hier der Ausspruch des Paulus ein: „sine illa esse non potest".[416]

Schliefslich kann hier zum Schutz des Verletzten noch ein Verfahren zur Anwendung kommen, welches wir bereits bei der plantatio beobachtet haben.[417] Trotzdem nämlich die Maltafel begrifflich im Bilde aufgegangen ist, bleibt sie immer noch etwas durchaus Reales, Selbständiges, ein „corpus quod tangi potest". Sie bewahrt somit einen Rest ihres Daseins, welcher in seiner Dinglichkeit eine hinreichende Basis für die rei vindicatio utilis bildet.[418] Mit Celsus können wir sagen: „meum est, quod ex re mea superest, cujus vindicandi jus habeo". (L. 49. § 1. Dig. de rei vind. 6. 1.)

Aus dieser Klageordnung ergiebt sich ein sehr weitgehender Ausgleich zwischen dem Künstler und dem Eigentümer der Maltafel. Im Prozefs stehen sich die in rem actio directa und utilis eigentlich ganz gleichwertig gegenüber. Nach klassischem Recht hängt es hier wie dort vom Besitzer ab, was dem Kläger ausgeliefert wird, das Streitobjekt selbst oder sein Schätzungswert und der Erfolg beider Klagen wird vom Ersatz desjenigen abhängig gemacht, was der Gegner im Bilde sein nennt. Die Vorzüge, welche die uns bekannten materiellrechtlichen Erwägungen dem Maler einräumten, werden in der Praxis fast

beseitigt. Jenes ihm zustehende prinzipielle Übergewicht besteht schliefslich nur darin, dafs seine Klage actio directa heifst. Das gestattet einen interessanten Vergleich des Eigentums als eines materiellen Rechts mit dem Eigentum nach der Prozefsordnung.

Unser Gewährsmann in dieser Frage ist der meist unparteiisch berichtende Gajus, also ein Jurist, der nicht eigentlich zu den konsequenten Vertretern peripatetischer Anschauungen in der klassischen Rechtswissenschaft gehört. Da er aber in der Lehre von der „pictura" ganz und gar auf aristotelischem Boden steht, so können wir wohl annehmen, dafs die gesamte von ihm entwickelte Klageordnung schon von den im allgemeinen peripatetisch gesinnten Prokulianern vertreten wurde.[419]

Auch aus dieser ungleichen Regelung des Rechtsschutzes lassen sich die verschiedenen Ausgangspunkte der beiden klassischen Theorien über die „pictura" erkennen. Wirtschaftliche Erwägungen spielen hier wiederum gar keine Rolle, da ja beide Richtungen darin übereinstimmen, dafs der Malerei ein gewisser Wert beizumessen und ein entsprechender Rechtsschutz zu gewähren sei. Was die Gegensätze erzeugt, ist die Vereinigung verschiedener metaphysischer Systeme mit dem altrömischen Klagen- und Prozefsschema. Die abweichende Gestaltung des rechtlichen Schutzes ist bedingt durch die abweichende Beurteilung des verletzten Rechts und vor allem seines Objekts.

---

Die hier geschilderten metaphysischen Gesichtspunkte sind natürlich Justinian völlig fremd gewesen. Bei seiner offenkundigen Feindschaft gegen alle heidnische Philosophie ist jeder Gedanke daran ausgeschlossen, dafs er selbst oder seine

Mitarbeiter es versucht hätten, die Spekulationen der klassischen Juristen, soweit sie in heidnischer Erkenntnislehre oder Ethik wurzelten, zu ergründen. Für die Schöpfer des corpus juris lag der Schwerpunkt in den praktischen Entscheidungen der alten Rechtslehrer. Das kasuistische Material wurde geprüft und nach Gesichtspunkten gewürdigt, welche mit den ursprünglichen Motiven seiner Urheber nichts gemein hatten. Diese Beweggründe blieben als eitle, ja gefährliche Thorheiten unberücksichtigt. Der sog. juridische Geist gelangt hier zu einem centralisierten Ausdruck, hinter welchem alle philosophischen Erwägungen absterben.

In seiner praktischen Prinzipienlosigkeit nähert sich Justinian unserer modernen Jurisprudenz. Schon früher haben wir bei ihm rechtspolitische und wirtschaftliche Erwägungen nachweisen können; in seinem Urteil über die „pictura“ kommt der Ästhetiker Justinian zur Geltung. Dem Erbauer der Hagia Sophia, dem Manne, der sich für einen der erhabensten Träger künstlerischer Ideen hielt, mufste das stoische Urteil des Paulus als eine unfafsbare Roheit erscheinen, die am besten durch einfachen Hinweis auf die grofsen Heroen der antiken Kunst Apelles und Parrhasius abgethan wurde; aber eine Widerlegung der stoischen Theorie ist das natürlich nicht, und ihr wahrer Inhalt war den Kodifikatoren des corpus juris ebenso fremd und unverständlich, wie unserer heutigen unphilosophischen Rechtswissenschaft.

Auch in dieser Frage offenbart sich die tiefe Kluft zwischen der Denkmethode Justinians und der klassischen Systematik. An die Stelle der straffen Analyse dessen, was ein Rechtsobjekt sei und was als solches unter der Herrschaft des Subjekts stehen könne, treten ganz allgemeine Erwägungen über ökonomische und ästhetische Interessen, die Vorboten einer neuen

Strömung, deren weiterer Weg und Verlauf auch bis zum heutigen Tage noch nicht festgestellt ist.

## II. Das Beschreiben der Körper — scriptura.

Im Gegensatz zur Malerei herrscht über das rechtliche Schicksal des auf fremdem Material Geschriebenen unter den klassischen Juristen keine Meinungsverschiedenheit. Ausnahmslos ist man der Ansicht, dafs die Rechtslage des Eigentümers durch fremde Schrift auf seinen Sachen jedenfalls nicht beeinflufst werde. Das kann uns vom Standpunkt keiner Schule aus wundern. Die Stoiker hatten nicht die geringste Veranlassung, den auf einer fremden Tafel geschriebenen Lettern als *ποιότης* eine gröfsere Bedeutung beizumessen, als der Bemalung.

Aber auch dem Peripatetiker galt die scriptura nicht als umgestaltendes, Form und Existenz gebendes *εἶδος*. Sie war ihnen kein selbständiger Körper, sondern eine blofs zufällige Eigenschaft, die dem corpus der Tafel anhaftet. Letztere ist nicht das *ὑποκείμενον* für die Schrift, sondern die Lettern sind „*ἐν ὑποκειμένῳ*“ der Tafel. Wir wollen uns das Beispiel mit der gefärbten Wolle vergegenwärtigen, dessen die Kommentatoren zum Aristoteles Erwähnung thun. Dort galt die künstliche Farbe der Wolle als ein zufälliges Accidens, wie der Schmutz. Ganz demselben Gedanken begegnen wir auch hier. Beschriebenes oder beschmiertes Pergament bleibt in der Kette der Entwickelung aller Körper dasselbe *ὑποκείμενον* wie reines.

In dieser Unterscheidung von Malerei und Schrift nähern sich die peripatetischen Juristen der modernen Auffassung. In unserer heutigen weniger strengen Rechtssprache würden wir uns etwa so ausdrücken, dafs dem Bilde als Kunstwerk eine selbständige Existenz zukomme, hinter welcher die Grundlage, auf der es gemalt ist, verfalle und bedeutungslos

werde. Ein beschriebener Gegenstand dagegen behauptet trotz der Schrift immer noch dasselbe sachliche Dasein, wie vordem.

Selbstverständlich ist es, dafs wir hier von der Schrift als Urkunde oder der Frage des Autorrechts abzusehen haben. Dergleichen hat keiner der römischen Juristen jemals im Auge gehabt. Der Gedanke besafs auch nach ihrer Auffassung eine von seiner mechanischen Vervielfältigung selbständige Existenz. Am besten werden wir die Entscheidungen der klassischen Rechtslehrer verstehen, wenn wir die Schrift, ganz abgesehen von ihrem geistigen Inhalt, als blofses Vervielfältigungsmittel betrachten. Es handelt sich nur um das beschriebene corpus als Rechtsobjekt und nirgends wird dessen gedacht, dafs der Schreiber des fraglichen Textes, oder derjenige, welcher über die Abschrift verfügt, zugleich der Autor gewesen sei.[420] Das kann man nicht klarer ausdrücken, als es durch Gajus geschehen ist: „ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem scripsero, hujus corporis non ego, sed tu dominus esse intellegeris".

Unter keinen Umständen darf hieraus geschlossen werden, dafs der bisherige Eigentümer des beschriebenen „corpus" nunmehr auch noch das Recht erhalte, sich für den Verfasser der betreffenden Gedichte, Erzählungen oder Reden auszugeben. Ins Moderne übersetzt, wäre also die Rechtsfrage folgendermafsen zu stellen: Wer hat das Eigentum an den angefertigten Druckexemplaren, wenn fremdes Papier ohne Verschulden des Druckereibesitzers unter seine Presse kommt?

Wie dieser Fall nach dem Stande unseres heutigen Rechts zu entscheiden sei, darüber zu reden, behalten wir uns einstweilen noch vor, hier kam es zunächst nur darauf an, das Gebiet der durch die sog. scriptura hervorgerufenen Rechtswirkungen im Sinne der klassischen Juristen zu begrenzen.[421]

Schliefslich mufs auch im Zusammenhang mit dieser Frage wiederum auf die Gleichgültigkeit hingewiesen werden, welche die klassische Rechtswissenschaft der mechanischen Arbeit und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung entgegenbringt. Ja selbst dort, wo der Wert der Schrift — die impensae scripturae — in Betracht gezogen werden, findet nur der Preis des Stoffes, aus welchem die Lettern angefertigt wurden, Berücksichtigung; der Mühe ihrer Herstellung wird mit keinem Worte Erwähnung gethan — „litterae licet aureae sint . . . chartis cedunt".

Von seinem metaphysischen Standpunkt aus durfte der römische Jurist auch gar nicht an diese Frage herantreten. Er sah eben und erwog nur dasjenige, was in sein System gehörte. Denn das Gold der Lettern konnte als Rechtsobjekt in der That eine Rolle spielen und dadurch in Gegensatz treten zur Tafel, auf welcher die Schrift stand. Am sichersten gelangte man zum Ziel, wenn man sich in der Entscheidung dieser neuen Frage der Analogie bestehender Gesetze bediente, dadurch erhielt der wissenschaftliche Schlufs des Juristen zugleich eine wertvolle Stütze auf dem Gebiet des positiven Rechts. Nichts anderes bezweckt Gajus, wenn er zum Schlufs bemerkt, dafs die Schrift, sei sie auch noch so wertvoll, genau nach denselben Prinzipien dem dominus tabulae zufalle, wie kraft des Gesetzes der zwölf Tafeln der Grundeigentümer alles auf seinem Boden verbaute fremde Material erwerbe.[422]

Den modernen Rechtspolitiker können diese Folgerungen natürlich nicht befriedigen, denn was gilt selbst das Gold der Lettern im Vergleich mit der Kunstfertigkeit und Mühe des Schreibens; dennoch hat für den Römer diese Sklavenarbeit keine Bedeutung, sie ist kein selbständiges Objekt der rechtlichen Analyse. Und so haben wir auch hier wieder ein neues

treffendes Beispiel für die von unsern heutigen Gesichtspunkten gänzlich abweichende Denkmethode der antiken Rechtswissenschaft. In der Regelung der Beziehungen des Rechtssubjekts zur Aufsenwelt steht in erster Linie die Beurteilung der körperlichen Sachen und ihre Bedeutung als Rechtsobjekt, als Gegenstand der menschlichen Willensherrschaft.

Da die scriptura keine Sache ist, so erscheint es als selbstverständlich, dafs die dinglichen Schutzmittel nicht dem Schreiber, sondern nur dem dominus chartae oder tabulae zustehen. Letzterer allein verfügt über die actio ad exhibendum und die rei vindicatio. Die scriptura wird unter den Gesichtspunkt der impensen gestellt, und will der auf Herausgabe des beschriebenen Materials Belangte sich seine Auslagen ersetzen lassen, so kann er als gutgläubiger Besitzer die exceptio doli vorschützen, welche nach allgemeinen Grundsätzen auch ein Retentionsrecht nach sich zieht.[423] Der malae fidei possessor besafs diesen Anspruch nicht, es scheint also, dafs man die scriptura nach Analogie der impensae utiles behandelte. So regeln die römischen Juristen die Ersatzfrage für den Fall, dafs der Schreiber selbst im Besitz des vollendeten oder begonnenen Schriftstückes ist; hat er diesen Besitz verloren, so erlöschen damit zugleich auch alle seine Ansprüche. Denn eine besondere Klage zu Gunsten desjenigen, welcher die Schrift selbst herstellte oder ihre Herstellung veranlafste, wird nirgends ausdrücklich erwähnt. Da indessen, wie wir gesehen haben, der Wert der scriptura prinzipiell anerkannt und unter Rechtsschutz gestellt wurde, so kann gegen die grundsätzliche Zulässigkeit einer actio in factum hier schwerlich etwas eingewandt werden. In diesem Sinne scheint wenigstens Julian, sei es auch nur „aequitatis causa“, in Bezug auf die Herausgabe von Rechnungsbüchern entschieden zu haben.[424] Übrigens stellt

auch er das Interesse am Inhalt der Schrift, nicht den Wert der hierauf verwandten Arbeit in den Vordergrund.

## § 8. Die moderne Gesetzgebung.

### I. Die mechanische Bearbeitung der Körper.

Es fragt sich zunächst, was können wir aus dieser Entwickelungsgeschichte römisch-rechtlicher Anschauungen für unser modernes Rechts- und Verkehrsleben lernen und welcher Zusammenhang besteht zwischen den antiken, klassischen Lehren und den heutigen Bedürfnissen?

Sowohl der Spezifikations- als auch der Accessionstheorie liegt nach römischer Auffassung ein gemeinsames Prinzip zu Grunde: die metaphysische Doktrin von der Entstehung und dem Untergang der Körper. Wie weit wirken diese Anschauungen noch auf unsere Vorstellungen ein?

In der Spezifikationslehre haben wir zunächst als unverwertbar die prokulianische Theorie auszuscheiden. Sie beruht abgesehen von aristotelischen Einflüssen überdies noch auf so streng formalistischen Prozefsprinzipien, dafs sie besonders aus diesem Grunde schon den klassischen Juristen in ihrer Einseitigkeit als veraltet erschien. Anders müssen wir uns zur Theorie der Sabinianer und zur sog. media sententia stellen. Hier tritt uns ein kraftvolles und bewufstes Bestreben entgegen, das hohe Gut des Eigentums, selbst unter Hintansetzung prozessualischen Formenwesens, zu schützen. In erster Linie wird in der Vermögenssphäre des dominus materiae derjenige Punkt, wo die Rechtsverletzung eintrat, aufgesucht und festgestellt. Es soll nicht geduldet werden, dafs in seinem Rechtskreise durch Eingriffe von aufsen eine Lücke entstehe, daher bemüht sich das Recht nach Kräften die Thätigkeit des

Spezifikanten womöglich spurlos verschwinden zu machen. Die umgearbeitete Sache soll nach Ermessen des Verletzten buchstäblich wieder in die Form geprefst werden können, welche erforderlich ist, um die in sein Vermögen geschlagene Bresche wieder auszufüllen; und erst wenn ein solcher Ausgleich sich als physisch unmöglich herausstellt, dann wird auf dieses einfachste Mittel, den status quo ante wieder herbeizuführen, verzichtet und es treten die allgemeinen Grundsätze über den Schadensersatz in Kraft. Die Arbeit des Spezifikanten bleibt, selbst wenn sie vernichtet wird, unberücksichtigt, weil sie sich in diesem Zusammenhang nicht als wirtschaftliches Gut, sondern als rechtsverletzende Thätigkeit darstellt.

Bei aller Achtung vor dem juristischen Takte der Römer glaubte man in der neueren Wissenschaft und Gesetzgebung ihre Auffassung von der Spezifikation einer genauen Kritik unterziehen zu müssen. Besonders geringe Anerkennung fanden hierbei die sabinianische Lehre und die media sententia, während man die prokulianische Theorie im ganzen günstiger beurteilte. Es bildete sich die Ansicht, dafs neben dem Eigentum auch die Thätigkeit des Spezifikanten als selbständiges wirtschaftliches Gut Berücksichtigung und Schutz verdiene. Der produktiven Arbeit wurde erwerbende Kraft beigemessen, sie sollte an sich Eigentum schaffen und daraus ergab sich mit Notwendigkeit die grundsätzliche Gleichstellung der Interessen des Spezifikanten mit denjenigen des dominus materiae. Der Frage von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit, die nova species zu ihrer ursprünglichen Form zurückzubilden, mafs man gar keine Bedeutung bei, da die Arbeit unter keinen Umständen in so roher Weise ignoriert werden dürfe.[425] Aber nicht jede Thätigkeit des Spezifikanten sollte im Recht Berück-

sichtigung finden, sondern nur diejenige, welche sich als ein wirtschaftliches Gut darstellt, und daraus leitete man eine strenge Scheidung ab zwischen demjenigen, welcher in gutem Glauben bei der Umgestaltung verfuhr, und dem, welchem dieses Erfordernis mangelte. Alles, was der Verbrecher bei Verübung des Delikts oder selbst der malae fidei possessor vornehme, sei keine Arbeit im volkswirtschaftlichen Sinn, keine Erwerbshandlung und dürfe daher bei der Güterverteilung nicht in Berechnung gezogen werden.[426]

Das sind im wesentlichen diejenigen Grundsätze, von denen sich die moderne Gesetzgebung im Gegensatz zu der römisch-rechtlichen Auffassung leiten läſst.[427]

Aber schon beim ersten Versuch, dieses sog. gerechtere Prinzip zu verwirklichen, verlor man das Gleichgewicht und gelangte dahin, daſs der produktiven Arbeit ein unverhätnismäſsiger Vorzug eingeräumt wurde. Das Allgemeine Landrecht für die Preuſsischen Staaten sprach dem gutgläubigen Spezifikanten ohne weiteres Eigentum an der neuen Sache zu. Es adoptierte damit einfach den bereits von den Römern als einseitig verworfenen prokulianischen Standpunkt und ergänzte diese Vorschrift nur durch eine genauere Regelung der Ersatzpflicht dem dominus materiae gegenüber.[428] Anders wird diejenige Umgestaltung beurteilt, welche in „betrüglicher Absicht“[429] vorgenommen wurde. Hier soll der Spezifikant keinerlei Rechte erwerben. Die nova species wird dem dominus materiae überlassen, falls er geneigt ist, sie anzunehmen, im entgegengesetzten Falle muſs ihm der „höchste Wert der Sache, so wie derselbe zwischen dem Zeitpunkte der widerrechtlichen Anmaſsung und der zugestellten Klage gewesen ist“,[430] ersetzt werden. Acceptiert hingegen der Stoffeigentümer die neue Sache, so hat er „den Arbeitslohn nach dem

niedrigsten durch Sachverständige bestimmten Satz zu vergüten". Und endlich wird „auch diese Vergütung dem Betrüger zur Strafe vom Fiskus entrissen".[431]

Obgleich das Preufsische Landrecht den sog. Arbeitsstandpunkt einseitig betont, so ist es dennoch dem bösgläubigen Spezifikator gegenüber zuerst mit einem sehr beachtenswerten Gedanken hervorgetreten, wir meinen das event. Wahlrecht des dominus materiae zwischen dem Erwerb des Eigentums an der umgestalteten Sache und dem Schadensersatz. Auf diese Frage werden wir späterhin zurückkommen.

Eine etwas abgeschwächte Betonung des Arbeitsprinzips finden wir im Code civil und denjenigen Gesetzbüchern, welche unter seinem Einflufs stehen.[432] Selbst der gutgläubige Spezifikant soll nicht unter allen Umständen Eigentum an der nova species erhalten, sondern nur, „wenn die Arbeit den Stoff an Wert weit übersteigt". In einem solchen Falle erscheint sie als „partie principale" und zieht die minderwertige Materie nach sich.[433] Von selbst versteht es sich, dafs dem Spezifikanten eine Schadensersatzpflicht obliegt.[434] Überwiegt an Wert das Material, so kann der Eigentümer des letzteren die umgearbeitete Sache vindizieren, gegen Vergütung aller auf sie verwandten Mühe.

Einen ungleich stärkeren Ausdruck hat das Arbeitsprinzip dann wieder im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich gefunden. Die erste Lesung des Entwurfes vertrat noch einfach den prokulianischen Standpunkt. Art. 893 bestimmt: „Wer durch Bearbeitung oder Umbildung eines Stoffes oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der letzteren." Diese rigorose Vorschrift ist dann in der zweiten Lesung, sowie in der beim Reichstage eingebrachten Vorlage etwas abgeschwächt worden. Nach der

letztgenannten Fassung lautet § 934 (in der zweiten Lesung 865) folgendermafsen: „Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche. Mit dem Erwerbe des Eigentums an der neuen Sache erlöschen die an dem Stoffe bestehenden Rechte.“ Ohne jede Veränderung fand der citierte Artikel als § 950 Aufnahme im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Aber trotz dieser Abschwächung im Vergleich zum ersten Entwurf ist hier dem Spezifikanten vor dem Code civil immer noch ein gewisser Vorsprung gesichert; denn halten sich der Wert des Stoffes und der Arbeit auch nur annähernd die Wage, so verbleibt nach dem französischen Code das Eigentum dem dominus materiae, während das deutsche Gesetzbuch das Recht an der neuen Sache auf den Spezifikanten übergehen läfst.

Alle diese Bestimmungen leiden an einem gemeinsamen Fehler. Es mangelt ihnen die feste Richtschnur und man wird sich nicht recht klar darüber, was der Gesetzgeber damit für einen Zustand hat herbeiführen wollen.

Der Gedanke und das Bestreben, die produktive Arbeit zu schützen, dem Handwerker und Industriellen nicht unüberwindliche Schwierigkeiten beim Erwerb der nötigen Rohprodukte in den Weg zu legen, verdient gewifs Beachtung. Es wäre in der That eine starke und unbillige Belästigung jeder schaffenden Thätigkeit, wollte man sie rückhaltslos für die Herkunft aller in die fragliche Werkstatt gelangten Materialien

bis in die äufserste Konsequenz verantwortlich machen. Aber daraus ergiebt sich doch noch keineswegs mit Notwendigkeit, dafs nun alle mit jenem Stofferwerb kollidierenden Rechte anderer Personen ganz unberücksichtigt bleiben sollen. In jeder Umarbeitung fremder Sachen wider Wissen und Willen des Eigentümers, selbst wenn sie in gutem Glauben geschah, liegt objektives Unrecht, dessen Ausgleich und Beseitigung jedenfalls erstrebt werden soll; seinen Spuren müssen wir in erster Linie nachgehen. Durch die Thatsache der Spezifikation ist in das Vermögen des Stoffeigentümers eine Lücke gerissen worden, hier hat der Schaden seinen Anfang genommen, hier haben die Ausgleichsbestrebungen einzusetzen. Wie stellt sich das Bürgerliche Gesetzbuch zu dieser Frage?

Angenommen, seine Vorschrift ginge dahin, dafs dem dominus materiae das Eigentum an der neuen Sache blofs dann verbleibe, wenn der Wert der Umbildung überhaupt hinter dem Werte des Stoffes zurücksteht, so wäre das zwar eine schablonenhafte und daher sehr wenig befriedigende Fassung. Aus ihr ergäbe sich zunächst der Übelstand, dafs die Regelung der Eigentumsfrage von verhältnismäfsig unbedeutenden Wertdifferenzen abhängig gemacht würde. Ferner bliebe es zweifelhaft, wie diejenigen Fälle zu beurteilen seien, in welchen bei genauester Schätzung Arbeit und Material sich ihrem Werte nach die Wage halten. Gleichwohl hätte eine solche Verordnung den Vorzug, dafs, wie sich's gehört, Arbeit und Stoffeigentum als wirtschaftliche Faktoren einander auch wirklich gleichgestellt werden. Indessen das Bürgerliche Gesetzbuch entscheidet umständlicher; es überläfst das Eigentum an der umgearbeiteten Sache dem dominus materiae nur dann, „wenn der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung e r h e b l i c h geringer ist als der Wert des

Stoffes“. Abgesehen davon, dafs die Bezeichnung „erheblich“ wegen ihrer Unbestimmtheit in einem Gesetzbuch überhaupt vermieden werden sollte,[435] so wird eben durch diese Bestimmung das erstrebte gleichmäfsige Verhältnis zwischen Arbeit und Stoffeigentum vollständig zu Ungunsten des letzteren verschoben. Und was, fragt sich, wird dem dominus materiae hierbei geboten? Zunächst soll er mit all' denjenigen Gegenständen beglückt werden, bei welchen infolge pfuscherhafter Ausführung der Stoff einfach verdorben wurde. Die Gründe, weshalb die Umbildung an Wert dem Material „erheblich“ nachsteht, dürften sehr verschiedene sein. Es könnte das allerdings an der Höhe des Stoffwertes, aber auch an der niedrigen Beschaffenheit der Arbeit liegen. Überdies kann das Ergebnis der Thätigkeit des Spezifikanten nicht nur absolut und an sich wertlos sein, sondern auch ganz besonders in Rücksicht auf den gegebenen Fall. Das trifft insbesondere dann zu, wenn das Material in einer den Intentionen des Eigentümers widersprechenden Weise verarbeitet wurde. Der Spezifikator stellt z. B. aus gutem Stoff durch minderwertige Thätigkeit eine Marktware her, zu deren Absatz ein Laden und Geschäftsverbindungen erforderlich sind, über welche der dominus materiae nicht verfügt. Oder es ist durch die Umgestaltung eine Sache erzeugt worden, deren Erwerb den Geschädigten in die allergröfste Verlegenheit setzen würde. Man beachte z. B. folgenden Thatbestand: Ein junger Ehemann hat sich gröfsere Quantitäten kostbarer Hölzer angeschafft, um daraus eine künstlerische Ausstattung für das Boudoir seiner Frau nach eigenem Geschmack anfertigen zu lassen. Diese Materialien werden vom Trockenboden entwendet und vom Diebe in eine Tischlerwerkstatt verkauft, in welcher gerade die Bestellung eines kostbaren Sarges eingelaufen ist. Der Bestohlene erhält Kunde

vom Verbleib seiner Bretter und stellt gegen den Tischler die Eigentumsklage an. Wie haben wir diesen Fall nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu entscheiden? — Da bei der fraglichen Sache der Wert des Stoffes die Anfertigungskosten ohne Zweifel „erheblich“ übersteigt, so hat der Beklagte den Sarg dem dominus materiae auszuliefern. Der glückliche Kläger erhält nunmehr anstatt der gewünschten Boudoireinrichtung oder an Stelle des kostbaren Materials die nova species. Über diese kann er jetzt nach seinem Gutdünken verfügen, etwa seine junge Frau damit zum Geburtstag überraschen. Er mag sich dagegen sträuben, wie er will, das Gesetz zwingt ihn den Sarg anzunehmen, wenn nicht der mitleidige Beklagte ein Einsehen hat und sich zu einem Vergleich versteht, bei welchem von vornherein alle Vorteile auf seiner Seite sind. Überdies darf der Stoffeigentümer nur ja nicht vergessen, dafs ihn § 951 aufserdem noch zur Auszahlung des vollen Arbeitslohnes für Herstellung des Sarges an den Spezifikanten verpflichtet, weil dieser bei Herausgabe der nova species „einen Rechtsverlust“, den Verlust seiner Arbeit erleidet.

Und wenn umgekehrt der Spezifikator durch tüchtige, preiswürdige Arbeit vielleicht gerade denjenigen Gegenstand hergestellt hat, dessen der Stoffeigentümer bedurfte, den er sich selbst aus dem fraglichen Material anzufertigen gedachte, dann zerstört das Bürgerliche Gesetzbuch jedenfalls in sehr vielen Fällen das bisherige Eigentumsrecht und verweist den Verletzten auf die Schadensersatzklage, weil zufällig der Wert der Arbeit denjenigen des Stoffes „erheblich“ überragt. Jetzt, wo der dominus materiae vielleicht gerne bereit wäre, dem Spezifikator seine Mühe reichlich zu vergüten, nur um unverzüglich Herr der ihm dringend notwendigen Sache zu werden, gerade jetzt wird ihm jeder Anspruch auf das um-

gearbeitete Objekt entzogen und ihm eine Geldentschädigung zugesprochen, deren Erlangung überhaupt gar nicht in seinen Intentionen lag. Wiederum triumphiert der Spezifikant, welcher von seinem Standpunkt des felix possessor aus gemächlich die Bedingungen vorschreiben kann, auf Grund deren sich vielleicht ein Vergleich herbeiführen liefse.

Man erwäge, was für Waffen behufs willkürlicher Ausbeutung des Stoffeigentümers hiermit dem Spezifikanten im Namen des Schutzes der produktiven Arbeit in die Hand gedrückt werden. Nach der allgemeinen Rechtslage verfügt er im Falle des Prozesses dem dominus materiae gegenüber ohnehin schon über sehr wesentliche Vorteile. Da er jedenfalls Besitzer des Streitobjekts ist, so geniefst er alle sich hieraus ergebenden Vorzüge — das Retentionsrecht wegen Ersatzforderungen u. dgl.

Überdies fragt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht einmal nach dem bösen oder guten Glauben desjenigen, der wider Wissen und Willen des Eigentümers die Umarbeitung einer fremden Sache vornahm.[436] Hierdurch wird jede solche Rechtsverletzung mit geradezu verführerischen Chancen ausgestattet. Die Gefahr, welche demjenigen droht, der selbst wissentlich gestohlene Rohprodukte erwirbt, ist so gering, die Aussicht, allen Vermögensverlusten zu entgehen, so gesichert, dafs die inkriminierte Bestimmung sich fast wie eine Prämiirung der Hehlerei ausnimmt.

Vergebens fragen wir: wodurch rechtfertigt sich jene aufserordentliche Rücksicht des Gesetzes für den Spezifikanten? Lagen vielleicht irgend welche besondere Gründe vor, die mit Hintansetzung aller anderen Erwägungen eine so einseitige Bevorzugung der produktiven Thätigkeit empfahlen? Leider offenbart sich in dieser Lösung des Spezifikationsproblems der-

selbe Geist, welcher uns aus dem schon vielfach und mit Recht angegriffenen Art. 306 des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuches entgegenweht.[437] Im Namen der Freiheit und Ungebundenheit des Güteraustausches scheut man nicht zurück vor direkter Schädigung der vitalsten Eigentumsinteressen. Der bewufste oder fahrlässige Erwerb entwendeter Güter wird in unerhörter Weise begünstigt. Alles bedeckt der Strudel des Verkehrs mit Nacht und Grauen und den Geschädigten trifft nur der Spott dafür, dafs er sich vom Diebe und seinen arglistigen und fahrlässigen Hehlern hat übervorteilen lassen. Es ist der Verrat des Judas, welchen diese vom Manchestertum beeinflufste Gesetzgebung an der Stabilität unserer Rechtsbegriffe übt. Unter dem Vorwande sie zu schützen, werden sie untergraben und zerstört. Dann schon lieber der offene Kampf des Socialismus mit seinen radicalen aber ehrlichen Forderungen!

Wie bereits früher bemerkt wurde, enthält jede Verarbeitung fremder Sachen ohne Wissen und Willen des Eigentümers nach allgemeinen civilistischen Grundsätzen objektives Unrecht, welches, wenn irgend möglich, aus der Welt geschafft werden mufs. Das haben schon die Sabinianer und die Vertreter der media sententia sehr richtig empfunden, während wir dieses Ziel vollkommen zu übersehen scheinen. Und dennoch sollte man auch im modernen Leben ganz den gleichen Zweck im Auge behalten, nur „mit mafsvollem Schutze der redlichen Arbeit“.[438]

Bei der Regelung dieser Frage stofsen wir auf zwei fühlbare Hindernisse, welche die römischen Juristen bewältigten, oder doch zu umgehen wufsten.

Einmal fehlt uns jedes sichere Kriterium dafür, wann eine Spezifikation als vollzogen zu betrachten ist. Dieses Problem lösten die Römer mit Hilfe der herrschenden meta-

physischen Weltsysteme folgerecht und sicher, indem sie zugleich ihre Anschauungen im Zusammenhang mit der Rechtsentwickelung vervollkommneten und abklärten.[439]

Die zweite Schwierigkeit liegt in der Bestimmung des Begriffs der produktiven Thätigkeit. Auch hierin haben wir im Vergleich mit den Römern jedenfalls keinen Fortschritt zu verzeichnen. Die Alten liefsen die Arbeit des Spezifikanten im allgemeinen unberücksichtigt, weil sie wufsten, dafs es sich in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle um Sklavenarbeit handle, deren Verlust als Rechts- und Wirtschaftsgut im Vergleich zu der Einbufse des Stoffeigentümers nicht schwer ins Gewicht fiel. Aber auch wir dürfen uns doch keinen Illusionen darüber hingeben, dafs es sich bei der Thätigkeit desjenigen, der die Umarbeitung veranlafst, also des eigentlichen Spezifikanten, um Arbeit im technischen Sinne nur in den allerseltensten Fällen handelt. Da die Umgestaltung regelmäfsig in Werkstätten oder Industrie-Etablissements vor sich geht, so stellt sich als Spezifikant nicht der Arbeiter in Person, sondern der Unternehmer dar. Dem direkten Hersteller der neuen Sache, d. h. dem Arbeiter, ist es in der Regel ganz gleichgültig, wo das Produkt seiner Thätigkeit bleibt; er ist durch seinen Vertrag mit dem Unternehmer vor jeder Verantwortung gesichert und erhält seinen Accord- oder Tagelohn unter allen Umständen und ohne jede Rücksicht darauf, ob er gestohlenes oder rechtmäfsig erworbenes, fremdes oder dem Unternehmer gehöriges Material umgestaltet hat. Interessiert am Schicksal der nova species ist nur der Unternehmer, ihm allein kommen die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu gute.[440] Letzteres schützt also thatsächlich nicht die redliche Arbeit, sondern es sichert blofs dem Unternehmer seinen Gewinn.

Wir fragen, hat das Bürgerliche Gesetzbuch das bezweckt oder sind diese Konsequenzen von ihm übersehen worden? Die Motive zur ersten Lesung erklären, die „produktive Thätigkeit“ schützen zu wollen, da ihr aus „wirtschaftlichen Gründen das Übergewicht gebühre“.[441]

Eine solche Geringschätzung des Eigentums seitens zünftiger Civilisten könnte allenfalls das Herz eines Sozialisten in froher Hoffnung auf baldige Verwirklichung des Zukunftsstaates höher schlagen lassen, wenn nur eben dieser Schutz, sei es auch auf Kosten des Eigentums, der schaffenden Arbeit zu gute käme. Dieses Ziel wird indessen keineswegs erreicht, da, wie wir gesehen haben, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht unbedingt die produktive Thätigkeit erwirbt. Sie aber ist es gerade, welche nach den Lehren des Arbeitsprinzips das neue Eigentum angeblich hervorbringt.

Alle erwähnten Schwierigkeiten werden entsprechend den Anforderungen des Lebens und der juristischen Konstruktion gelöst, wenn wir, wie es die Alten thaten, den Ausgangspunkt der Spezifikation und ihre nächste Wirkung im Auge behalten. Das Eigentum ist verletzt, im Vermögen des dominus materiae hat die Güterverschiebung stattgefunden und hier mufs daher die ausgleichende Thätigkeit beginnen. Dementsprechend ist dem Stoffeigentümer die Wahl anheimzustellen, ob er gegen Vergütung der Arbeit des Spezifikators die umgestaltete Sache an sich nehmen will oder nicht. Lehnt er dieses ab, so wird der Spezifikator Eigentümer und ist dann seinerseits verpflichtet, dem Kläger den Stoff zu vergüten. Die ganze Schadensersatzfrage wird natürlich nach richterlicher Schätzung geregelt.

Dadurch sind mit einem Schlage alle oben erwähnten Schwierigkeiten beseitigt. Zunächst werden wir der aussichtslosen Mühe überhoben, festzustellen, worin nach heutiger

Auffassung die Merkmale der Spezifikation liegen. Es ist Sache des Stoffeigentümers, zu entscheiden, welche Bedeutung die Thätigkeit des Beklagten für den fraglichen Gegenstand gehabt hat. Spezifikation, im Sinne eines Eigentumstitels, ist mithin jede Veränderung einer Sache, welche ihren ferneren Besitz dem bisherigen Eigentümer als nicht mehr wünschenswert erscheinen läfst. Daher ist es ganz gleichgültig, ob hierbei eine wirkliche Kreation oder blofse Zerlegung, Verbesserung, Verarbeitung, blofses Färben, Backen, Räuchern, Kochen u. s. w. in Frage kommt.[442] Das früher so beliebte Philosophieren über das Wesen des Schinkens und der Wurst fällt in seine kasuistische Haltlosigkeit zusammen, da alle diese Streitpunkte der subjektive Nutzen und die Erwägungen des dominus materiae entscheiden. Man mufs sich doch endlich darüber klar werden, dafs in dieser Frage nach der heutigen Sachlage nur persönliche Gesichtspunkte mafsgebend sein können. Die Sicherheit, mit welcher die Alten hier ihre Schlüsse zogen, ist nur daraus zu erklären, dafs sie sich auf die universellen Regeln ihrer Naturphilosophie stützten. Giebt man aber diesen Boden auf und läfst man sich ohne Abstraktion ausschliefslich durch die Empirik des Verkehrs leiten, so geht damit selbstverständlich jedes absolute Kriterium verloren und die schönste Kette von Beispielen wird erbarmungslos durch widersprechende Erscheinungen gesprengt. Mag man mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch das Schwergewicht auf den Wert legen, mit Fitting von einem neuen Begriff oder mit Hoffmann von einem Wechsel der Brauchbarkeit reden[443] — überall sind grundsätzlich subjektive Erwägungen mit ihren Schwankungen mafsgebend.[444]

Unser Vorschlag hat überdies noch den weiteren Vorzug, dafs durch ihn das rechte Gleichgewicht zwischen Stoffeigen-

tum und Umgestaltung herbeigeführt und vor allem die durch nichts motivierte Prämiierung des Unternehmers aus der Welt geschafft wird.

Schliefslich kommt diese Lösung des Problems dem civilpolitischen Interesse am meisten entgegen. Zwei Fragen fallen hierbei vorzugsweise ins Gewicht: Wer von beiden Parteien soll das Streitobjekt in natura erhalten, und welche von ihnen wird gezwungen, sich mit dem blofsen Schadensersatz zu begnügen?

Lassen wir dem Stoffeigentümer die Wahl, so ist besonders der Fall zu berücksichtigen, dafs aus seinem Material gerade diejenige Sache hergestellt wurde, deren er bedurfte, und die er vielleicht selbst daraus anzufertigen gedachte. Unter solchen Umständen wird durch das Wahlrecht jede Spur einer Rechtsverletzung beseitigt und die Vergütung der Arbeit des Spezifikanten erscheint als ein ganz natürliches Ergebnis des vorliegenden Thatbestandes. Niemals aber wird bei dieser Lösung der Frage der Fall eintreten, dafs die sog. nova species jemandem aufgezwungen wird, der sie weder zu besitzen wünscht noch zu verwerten weifs. Denn lehnt der dominus materiae die umgearbeitete Sache ab, so verbleibt sie dem Spezifikanten, welcher den Zweck seiner Thätigkeit und die Art ihrer Verwertung sich doch offenbar von vornherein überlegt hat. Sollte aber durch Pfuscharbeit etwas ganz Unbrauchbares hergestellt worden sein, dann ist es jedenfalls angemessener, dafs die Folgen der Unfähigkeit oder des Mifsgeschickes auf den Erzeuger zurückfallen.

Aber auch mit dem Schadensersatz wird sich im allgemeinen der Spezifikant leichter abfinden, als der Stoffeigentümer. Meist kommt hier gewerbsmäfsige Arbeit oder Unternehmung in Frage, wobei natürlich die Vergütung der Mühe

oder des Unternehmerrisikos als erster Zweck erscheint. Da unter solchen Umständen die gesamte regelmäfsige Thätigkeit im Absatze der Produkte gipfelt, so kann es ganz gleichgültig sein, nach welcher Seite hin die fragliche Veräufserung erfolgt. Freilich hat der Spezifikant den Stoff etwa vom malae fidei possessor gekauft, so mag er sich am Verkäufer wegen Eviktion schadlos halten. Ebensowenig kann er vom dominus materiae beanspruchen, dafs dieser ihm das ganze Interesse prästiere, also ihm etwa eine Konventionalstrafe vergüte, welche er einem dritten Besteller der nova species wegen Vertragsverletzung auszahlen mufs.

Im Gegensatz hierzu wird die Vergütung des Stoffes für seinen bisherigen Eigentümer der Regel nach ein sehr unbefriedigender Ausgang sein. Da er sich eben diesen Stoff zu ganz bestimmten Zwecken, vielleicht nach langem Suchen und Prüfen, angeschafft hat, so kann nur der Ersatz in natura ein hinreichendes Äquivalent bieten.[445]

Man wird vielleicht einwenden, dafs jenes Wahlrecht des Stoffeigentümers überall da seine Bedenken habe, wo die vom Spezifikanten aufgewandte Arbeit sich als besonders kostspielig und kunstvoll darstellt. Indessen ist in solchen Fällen das Rückforderungsrecht für den Kläger mit bedeutenden Geldopfern verbunden, und der Spezifikant erhält dadurch ganz von selbst ein gewisses Übergewicht.

Die verschiedene Beurteilung des bösen und guten Glaubens können wir jetzt allerdings in Übereinstimmung mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch aufgeben, weil der gesamte Zustand vom Gesichtspunkt einer objektiven Rechtsverletzung aus beurteilt werden mufs.[446] Da mala fides, sofern nicht ein Verbrechen vorliegt, überhaupt schwer nachzuweisen ist, so erreichen wir hiermit zunächst eine erhebliche Vereinfachung

des Prozesses. Sodann würde durch Gewährung einer Prämie auf Nachweis der mala fides des Beklagten von vornherein ein gehässiges Element in den Rechtsstreit hineingetragen, das seinem eigentlichen Zweck und Inhalt durchaus fern steht.

In aller Kürze lassen sich die Vorzüge unserer Entscheidung in folgendem zusammenfassen: Einmal wird die Regelung des Rechtsverhältnisses nicht abhängig gemacht von rein äufseren, zufälligen Thatumständen, welche mit dem Interesse der Parteien und dem Güterausgleich nichts gemein haben. Dahin gehört die Frage von der Rückführbarkeit der umgearbeiteten Sache zu ihrer ursprünglichen Gestalt. Ferner wird keinerlei prinzipieller Vergleich zwischen zwei unkommensurabeln wirtschaftlichen Gütern — Eigentum und Arbeit — gezogen, ein Vergleich, der in dieser Allgemeinheit und Grundsätzlichkeit zu keinerlei Ergebnissen führen kann. Und schliefslich wird die Ordnung des Rechtsverhältnisses den Parteien selbst in die Hand gegeben, wobei derjenige Teil die Initiative hat und einen gewissen Vorzug geniefst, welcher zuerst eine Verletzung erlitt und als ursprünglicher und wahrer Destinatär der fraglichen Sache erscheint.

Nach unserem Vorschlag müfste mithin der betreffende Artikel des Bürgerlichen Gesetzbuches folgendermafsen lauten:

„Wer selbst oder durch andere eine fremde bewegliche Sache umbildet oder bearbeitet, erhält damit keinen Anspruch auf das Eigentum an ihr. Vielmehr kann der Eigentümer des Stoffes die umgebildete oder bearbeitete Sache als Eigentum übernehmen oder dem Bearbeiter den Stoff überlassen."

„Mit dem Erwerbe des Eigentums an der bearbeiteten Sache erlöschen die am Stoff bestehenden Rechte."

Die im § 950 des Bürgerlichen Gesetzbuches aufgeführten Beispiele, als Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren

sind hier einfach zu streichen; wir werden ihre wahre Bedeutung später in einem anderen Zusammenhang besprechen.[447] Die Frage nach dem Schadensersatz können wir übergehen; sie ist bereits im nächstfolgenden § 951 in einer Weise geregelt, die auch zu unserer Fassung des § 950 gut pafst und einer Änderung daher nicht bedarf. Der § 951 lautet:

„Wer infolge der Vorschriften der §§ 946—950 einen Rechtsverlust erleidet, kann von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes kann nicht verlangt werden."

## II. Die Verbindung der Körper.

Welche Folgen hat die Verbindung der Körper nach heutigem Recht? Obgleich die Meinungen der römischen Juristen anfangs auch in dieser Frage durch wichtige prinzipielle Bedenken geteilt waren, ist unter ihnen schliefslich doch eine Art Einigung erzielt worden. Die Accessionslehre der späteren Stoiker wird, wie wir gesehen haben,[448] der älteren peripatetischen Auffassung in einer Weise gerecht, die scheinbar der Verschmelzung beider Theorien gleichkommt.

Der erste metaphysische Teil der Frage bestand für die Alten darin, ob neben dem εἶδος oder dem prävalierenden spiritus der sog. Hauptsache die Individualität des mit ihr vereinigten Gegenstandes noch fortbestehen könne? Hieran schlofs sich ganz wie bei der Spezifikation das zweite Problem von der Existenz des Rechts. Auch wir haben im allgemeinen den gleichen Weg einzuschlagen wie die klassischen Juristen und die natürliche oder begriffliche Seite von der rechtlichen zu trennen. Indessen gerade in der ersten Frage

fehlt uns die untrügliche Richtschnur der antiken Philosophie. Für uns handelt es sich nicht um Sein oder Nichtsein der Sache, sondern nur um die praktische Durchführbarkeit oder Undurchführbarkeit der Trennung zweier oder mehrerer mit einander verbundener Gegenstände. In diesem Sinne haben wir hinter die Erkenntnislehre der klassischen Rechtslehrer zurückzugehen und uns dem von keinem metaphysischen System beeinflufsten Standpunkt zu nähern, welcher im strengen jus civile zum Ausdruck gelangte.[449] Auch heute noch gilt der Satz, dafs die körperliche Verbindung oder Vermengung von Sachen verschiedener Eigentümer ihre Existenz nicht aufhebt und daher keine Änderung der Rechtslage herbeiführen soll. Jedes Objekt, dessen Abtrennung nichts im Wege steht, mufs also wieder in seine frühere Lage versetzt und dem wahren Eigentümer zugestellt werden. Es versteht sich von selbst, dafs die Kosten dieses Verfahrens auf denjenigen fallen, der die objektiv widerrechtliche Verbindung, Vermengung oder Vermischung mit Absicht und mit vollem Bewufstsein von der rechtlichen Sachlage oder fahrlässig herbeiführte. Auf einen solchen urwüchsigen Standpunkt striktester und unbeugsamer Anerkennung des Eigentums stellt sich das Allgemeine Preufsische Landrecht.[450]

Dieses ist aber nicht der eigentliche Accessionsfall. Letzterer trat nach der Ansicht der klassischen Juristen dann ein, wenn die minor species nach den Regeln der Metaphysik aufgehört hatte zu existieren; wir sagen, sobald eines der verbundenen Objekte sich nicht mehr in seinen früheren Zustand zurückführen läfst, sei es, dafs es nach den Lehrsätzen der Physik oder Chemie die ursprüngliche Individualität endgiltig eingebüfst hat, sei es, dafs jede noch so sachverständig vorgenommene Trennung eine Beschädigung des Gegenstandes

nach sich ziehen müfste. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich § 948, Abs. 2 stellt der Untrennbarkeit den Fall gleich, „wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnismäfsigen Kosten verbunden sein würde“. Hierin liegt im Vergleich zum römischen und altpreufsischen Standpunkt ohne Zweifel eine erhebliche Verkürzung des Eigentumsprinzips, denn letzteres soll vor der praktischen Erwägung über die Höhe der Trennungskosten zurücktreten. Welche besonderen Fälle und Umstände der Gesetzgeber dabei im Auge hatte, ist nicht leicht zu ermessen. Es wäre möglich, dafs man an diejenigen Verbindungen oder Vermischungen dachte, wo die Materie gesondert fortbesteht, nur sich individuell kaum mehr ausscheiden läfst, wie z. B. bei der Vermengung verschiedener Getreidehaufen. Die römischen Quellen gestatteten hier unter voller Wahrung des Eigentumsprinzips die vindicatio quantitatis. Andererseits ist es denkbar, dafs man jenem Satz von den „unverhältnismäfsigen Kosten“ eine allgemeine Ausdehnung geben wollte, um jeder Chicane bei unerbittlicher Vindikation des Eigentums vorzubeugen. Übrigens hat schon das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen eine ähnliche Beschränkung zugelassen. Nach § 249 wird die Trennbarkeit der verbundenen und vermischten Sachen dann statuiert, „wenn sie sämtlich in ihren ursprünglichen, wesentlichen Bestand wieder hergestellt werden können und der dazu erforderliche Aufwand den vierten Teil des Wertes des Ganzen nicht übersteigt“.

Wir dürfen wohl mit Bestimmtheit annehmen, dafs jene Beschränkung der Vindikation im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich in allgemeinerer Fassung dem sächsischen Codex entlehnt wurde.

In der Untrennbarkeit also liegt das natürliche Prinzip der Accession nach heutigem Recht. Gleichviel, ob man die Scheidung für „unmöglich“,[451] „unthunlich“[452] oder „pas sans inconvénient“[453] erklärt, stets und überall hatte man die physische Verbindung im Auge und dachte an Hindernisse rein physischer Natur.

Eine sehr wichtige prinzipielle Ausdehnung hat das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich im § 947 verfügt: „Werden bewegliche Sachen mit einander dergestalt verbunden, daſs sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, so werden die bisherigen Eigentümer Miteigentümer dieser Sache“; . . . „Ist eine der Sachen als Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigentümer das Alleineigentum.“

Nicht nur die körperliche Verschmelzung oder die physische Unmöglichkeit die Dinge ohne Schädigung in den früheren Stand zu versetzen soll die Accession herbeiführen, sondern auch die Vereinigung zu einem Sachwesen, denn im Gegensatz zur physischen Verbindung bezeichnet der „wesentliche Bestandteil“[454] dasjenige Objekt, welches zur Vollendung des Sachbegriffes gehört oder erforderlich ist. Dieser Begriff bildet also nach der Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuches ein ebenso festes Band, eine nicht weniger unlösliche Klammer, wie die Verschmelzung und physische Untrennbarkeit. Das ist unbewuſste Philosophie des Gesetzgebers und eigentlich eine Wiederholung desjenigen, was das peripatetische und spätstoische System über den Einfluſs des prävalierenden *εἶδος* oder die Verbindung verschiedener *ἕξεις* lehrte.[455] Denn auch hier verschlingt die sog. Hauptsache kraft ihres „wesentlichen“ Übergewichts — per praevalentiam — die minor species. Nach der Auffassung des Bürgerlichen

Gesetzbuches kann sehr wohl der Fall eintreten, dafs einer körperlichen Trennung des wesentlichen Bestandteils nichts im Wege steht, dafs sie ohne Beschädigung und Unkosten zu bewerkstelligen ist[456] und dafs dennoch dieser Teil seine selbständige Existenz endgültig verliert und zur Accession wird. Ganz so weit sind die klassischen Rechtslehrer doch nicht gegangen; dort wo durch die actio ad exhibendum eine begriffliche und physische Trennung der verbundenen Gegenstände herbeigeführt werden konnte, mufste die Accession mit ihren Folgen zurücktreten. Dieses präparatorische Mittel ist dem heutigen Recht unbekannt, höchstens wird es mit der Vindikation verbunden; deshalb müssen wir den „wesentlichen Bestandteil“ ohne Einschränkung als Accession gelten lassen und um so mehr, da seine Verbindung der physisch untrennbaren Vermischung und Vermengung in ihrer Wirkung koordiniert und ihr dabei doch gegenüber gestellt wird.[457]

Schliefslich ist es nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch gleichgültig, ob beide vereinigten Gegenstände wesentliche Bestandteile eines neuen Sachbegriffes werden oder ob die minor species in der sog. Hauptsache aufgeht — eine Rechtsänderung tritt, ganz wie in den römischen Quellen in beiden Fällen ein.

Von dieser Rechtsänderung wird natürlich nicht nur das Eigentum betroffen, sie erstreckt sich mit derselben Wirkung auf die übrigen dinglichen Rechte. War daher die eine der Sachen Hauptsache, so gehen die vor der Verbindung auf ihr allein ruhenden Pfandrechte unmittelbar auf das Ganze über, während nach der Begriffstheorie des Bürgerlichen Gesetzbuches alle auf die wesentlichen Bestandteile bezüglichen Rechte erlöschen. Bilden die vereinigten Gegenstände als gleichgestellte wesentliche Bestandteile ein Ganzes, so gehen alle Rechte, welche

bisher die einzelnen Teile betrafen, auf die aus ihnen zusammengesetzte Sache über. Das fragliche Pfandrecht ruht aber auf dem idealen Teil, welcher an Stelle der früher körperlich selbständigen Sache tritt.[458]

---

Die natürliche Basis der heutigen Accessionslehre bildet demnach einmal die untrennbare physische Vermischung, Vermengung und Verbindung und sodann die Herrschaft des Sachbegriffes über seine Bestandteile. Es fragt sich, welche Schlüsse haben wir hieraus für die Rechtslage der beteiligten Subjekte zu ziehen? Zunächst erhalten wir das negative Ergebnis, dafs ein getrenntes Eigentum an den physisch oder begrifflich verschmolzenen Objekten nicht mehr bestehen kann. Bei der positiven Regelung des durch die Accession geschaffenen Zustandes sind aber verschiedene Entscheidungen möglich. Das Problem wird hier dadurch komplizierter, dafs nicht wie bei der Spezifikation Eigentum und Arbeit gegen einander abgewogen werden. Es kämpft nicht der Eigentümer gegen den Unternehmer, sondern Eigentum gegen Eigentum; zwei rechtlich und wirtschaftlich gleichwertige Faktoren stehen also gegen einander. Selbst wenn wir zugeben, dafs derjenige, welcher die Verbindung vornahm, fremdes Eigentum verletzte, so hat er doch auch sein eigenes in die neue Sache aufgehen lassen oder mit dem fremden Objekt verknüpft. Nicht eine einfache Zurückerstattung kommt hier in Frage, denn das gewonnene Ergebnis ragt unter allen Umständen über die Lücke in der Vermögenssphäre des Verletzten hinaus. Der Geschädigte zöge mit dem durch die Accession geschaffenen Gegenstande mehr an sich, als ihm zukommt und bewirkte hierdurch eine Verletzung fremden Eigentums. Unter solchen

Umständen kann das nächstliegende rechtliche Ergebnis nur Miteigentum derjenigen Personen am Ganzen sein, welchen die bisher separierten, jetzt mit einander verbundenen Gegenstände gehörten. Hierbei ist es von unserem Standpunkt aus zunächst scheinbar gleichgültig, ob die Teile ein neues selbstständiges Objekt ausmachen, oder ob eine Verbindung von Haupt- und Nebensache vorliegt. Dieses natürlichste Resultat wird indessen durch die Erwägung beeinflufst, dafs jenes Miteigentum weder eine communio incidens ist, noch als von den Beteiligten in vollster Übereinstimmung gewollt erscheint.

Die Voraussetzungen jenes Condominiums sind vielmehr ohne Wissen und Willen der einen Partei durch einseitige Verfügungen der anderen herbeigeführt worden; die Stellung beider darf deshalb in dem gegebenen Verhältnis keine gleiche sein, vor allem soll das Miteigentum dem einseitig Verletzten unter keinen Umständen dauernd aufgedrungen werden. Da er allein objektives Unrecht erlitten hat, so kann er jederzeit Herausgabe des Ganzen gegen entsprechende Vergütung des fremden Eigentums und der fremden Arbeit verlangen oder unter Überlassung der Sache dem Gegner vollen Ersatz aller seiner Verluste, überhaupt Vergütung seines Interesses beanspruchen. Es hiefse den Charakter der rechtlichen Beziehungen im gegebenen Falle verkennen, wollte man hier von einem gewöhnlichen Miteigentum mit einer actio communi dividundo als Teilungsklage im Gefolge reden. Wir erinnern daran, dafs auch die Alten einer solchen Auffassung keineswegs sehr geneigt waren. Als wahre und echte communio incidens mit allen rechtlichen Folgen gilt nur die Verbindung durch Ereignisse, welche unabhängig von den Parteien eintreten. Hier kann von keinem rechtlichen Übergewicht die Rede sein, die

Chancen sind auf beiden Seiten gleich und die Beziehungen dementsprechend zu entwirren.[459]

Im Obigen haben wir den normalen Durchschnittsfall zur Darstellung gebracht, wo nämlich ohne bösen Willen oder Arglist irgend einer Person Dinge mit einander verbunden, vermischt oder verschmolzen werden, die in einem gleichen Gattungs- und Wertverhältnis zu einander stehen. Es können indessen Umstände hinzutreten, die eine Änderung in den von uns entwickelten Rechtsfolgen bewirken. Solche Umstände sind das begriffliche Übergewicht der einen Sache über die andere, ein ungleiches Wertverhältnis der vermischten oder verbundenen Gegenstände und endlich der böse Glaube desjenigen, welcher die Verbindung herbeiführte.

Zunächst kann das objektive Begriffsverhältnis der verbundenen Sachen zu einander unmöglich ohne Einfluſs auf die rechtlichen Beziehungen der beteiligten Subjekte sein. Denn sobald wir uns auf den Standpunkt des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches stellen, wonach der wesentliche Bestandteil seine Individualität zu Gunsten der Hauptsache oder besser des Ganzen einbüſst, dann darf der Eigentümer des letzteren seine rechtliche Herrschaft auch auf den Bestandteil ausdehnen, gleichviel ob die Verbindung von ihm selbst ausging oder nicht. Das ist die notwendige Rechtsfolge. Indessen es muſs berücksichtigt werden, daſs möglicherweise die Verbindung dem Eigentümer der Hauptsache ohne sein Wissen und wider seinen Willen aufgezwängt wurde; man wird ihm deshalb als objektiv Geschädigtem die Befugnis nicht entziehen dürfen, sich gegen entsprechende Vergütung von seinem Eigentum zu Gunsten desjenigen, welcher die Verbindung vornahm, loszusagen. Das ist eine Eventualität, die von den früheren Kodifikationen fast durchweg berücksichtigt

wurde,[460] vom Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich aber in seiner schon gerügten allzu knappen Fassung übergangen worden ist.

Auch das Wertverhältnis der verbundenen Sachen ist ein Faktor, den wir nach dem Vorgang der klassischen Rechtslehrer[461] gleichfalls nicht aufser acht lassen dürfen. Von besonderer Bedeutung ist es bei der Vermengung und Vermischung von Rohstoffen. Zwar nicht die absolute Begriffslehre, wohl aber wirtschaftliche Erwägungen nötigen uns demjenigen bei der Regelung der Rechtsfrage einen gewissen Vorsprung einzuräumen, welcher das wertvollere Objekt zum Ganzen beitrug. Die moderne Verkehrs- und Lebensauffassung erfordert es dabei, dafs auch der Wert der eventuell aufgewandten Arbeit mitgeschätzt werde.[462] Denn wollen wir überhaupt die ökonomische Seite der Frage berücksichtigen, so ist ohne Ausnahme alles in Betracht zu ziehen, was sich als wirtschaftliches Gut erweist. Dem entsprechend sollte das Eigentum am Ganzen stets derjenige erhalten, welcher den gröfseren Wertteil beigetragen hat. Aber auch hier können wir die beiden Parteien einander nicht gleichstellen, denn es ist billig, dafs dem durch die Verbindung wider Willen und ohne sein Wissen Verletzten das Wahlrecht zwischen dem Eigentum am Ganzen und einer dem Werte seiner Sache entsprechenden Vergütung zustehe.[463]

In diesem Zusammenhang bedarf das deutsche Gesetzbuch um so mehr einer Ergänzung, als der bezügliche § 948 in seiner jetzigen Fassung überhaupt kaum zu verstehen ist. Es heifst hier: „werden bewegliche Sachen mit einander untrennbar vermischt oder vermengt, so finden die Vorschriften des § 947 (cit. auf S. 207) entsprechende Anwendung“. Inwiefern kann z. B. bei einer Vermischung von Rohstoffen[464] ein Unter-

schied von Haupt- und Nebensachen gemacht werden, in welchem Sinne von wesentlichen Bestandteilen die Rede sein? Ungleiche Quantitäten stehen doch begrifflich nicht in einem unter- oder übergeordneten Verhältnis, nur die Menge und der Wert sind hier von Bedeutung. Wenn zwei Partien von hundert und zweihundert Scheffeln verschiedener Weizensorten mit einander vermischt wurden, was ist da wesentlicher Bestandteil, was Haupt- oder Nebensache? Die Bestimmung des § 947 giebt uns hierüber keinen Aufschlufs.

Die eventuelle Ersatzfrage hat das bürgerliche Gesetzbuch in § 951 (cit. auf S. 204) in unserem Sinne zweckentsprechend geregelt.

Schliefslich mufs in diesem Zusammenhang noch auf einen fühlbaren Mangel des deutschen Rechts hingewiesen werden, wir meinen die schon früher gerügte Gleichgültigkeit gegen den bösen Willen, in diesem Falle gegen die arglistig herbeigeführte Verbindung und Vermischung. Schon die klassischen Rechtslehrer haben diesem Umstand, wie wir mehrmals feststellen konnten, die allergröfste Bedeutung beigemessen, fast alle übrigen modernen Gesetzgeber sind gegen die mala fides bei Verbindungen fremder Sachen mit eigenen in der strengsten Weise vorgegangen,[465] nur das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich beobachtet über diesen Punkt Schweigen. Gegenüber dem bösen Glauben sollten alle Rücksichten auf das Eigentumsrecht des schuldigen Teils schwinden. Nach Analogie der Spezifikation mufs dem Verletzten auch hier unter allen Umständen das Wahlrecht zwischen dem Eigentum am Ganzen oder der Vergütung des vollen Interesses zustehen; dazu gehört nicht nur der positive mittelbare oder unmittelbare Schaden, sondern selbstverständlich auch jeder entgangene Gewinn.[466]

Je nachdem böser Glaube vorliegt oder nicht, erhalten wir also folgendes Ergebnis: Im ersten Falle hat der Geschädigte das unbedingte Wahlrecht, im zweiten nur dann, wenn zwischen den verbundenen respektive vermischten Gegenständen sich kein begrifflicher oder Wertunterschied nachweisen läſst und wenn die Hauptsache, der wertvollere Bestandteil oder die kostbarere und gröſsere Quantität ihm gehörte; in allen übrigen Fällen verbleibt das Eigentum am Ganzen demjenigen, der die Verbindung oder Vermischung vornahm.

Man wende nicht ein, daſs dem deutschen Recht volle Anerkennung gebühre, wenn es diese im praktischen Verkehrsleben vielleicht nicht sehr häufig vorkommende Frage in wenigen knapp und elegant gefaſsten Artikeln zu erledigen suchte. Gegenüber der Umständlichkeit älterer Kodifikationen besonders des Preuſsischen Landrechts mag sich diese Kürze äuſserlich vorteilhaft ausnehmen, es handelt sich hierbei aber zugleich um wichtige Prinzipien, welche kein Gesetzgeber übersehen darf, weil aus solchen Lücken nicht nur für die Rechtssprechung, sondern auch für die weitere Rechtsentwickelung Übelstände erwachsen können.

## III. Die künstlerische Bearbeitung der Körper.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich schlieſst den § 950, Abs. 1 mit den Worten: „Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche.“ Zunächst weicht diese Fassung erheblich vom römischen Standpunkt ab, kraft dessen die scriptura und pictura nicht als Verarbeitung oder Umgestaltung angesehen wurde, sondern als bloſse Veränderung eines Körpers, dessen Bestand und Wesen dieser

Vorgang nicht weiter betraf. So stellte sich wenigstens die späterhin herrschende stoische Schule zur Frage. Auf diese Abweichung brauchen wir indessen jetzt kein grofses Gewicht zu legen, da die philosophischen Kategorien, deren sich die Alten bedienten, den modernen Juristen verloren gegangen sind oder keine überzeugende Kraft mehr für sie haben.

Nach Auffassung des heutigen deutschen Rechts handelt es sich wie bei der Spezifikation so auch beim Bemalen der Körper um eine Verarbeitung, deren rechtliche Wirkung sich ganz nach ihrem Umfang oder Wert bemifst. Hierbei hat sich der Gesetzgeber, vielleicht ohne es zu wollen, zu einer überraschenden Lebensauffassung bekannt: Der innere Charakter der umgestaltenden Thätigkeit soll keinerlei Bedeutung haben; es ist völlig gleichgültig, ob letztere in rohen Handgriffen, in mechanischer Fingerfertigkeit besteht oder sich als höchstes Ergebnis genialen künstlerischen Schaffens darstellt. Steht das Bürgerliche Gesetzbuch damit auf der Höhe unserer heutigen Kulturentwickelung, haben sich seine Schöpfer dasjenige zu nutze gemacht, was Fortschritt und Lage der modernen Wissenschaft unserer Erkenntnis bieten?

Freilich müssen wir einräumen, dafs eine wissenschaftliche Klassifizierung der verschiedenen Arten jener Bearbeitung für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht die gleiche praktische Bedeutung hätte, welche ihr nach unserer Behandlung der Spezifikationslehre zukommt. Denn da nach Auffassung des heutigen deutschen Rechts in dieser Frage nur Wert-, nicht aber Rechtsverhältnisse erwogen werden sollen, so steht dem nichts im Wege, dafs, wenn die Umstände es so fügen, auch der Preis eines künstlerischen Erzeugnisses Berücksichtigung finde und dafs dem Künstler sein Werk verbleibe, trotzdem er fremdes Material benutzt hatte. Die Rücksicht auf

den Verkehrswert der Sache bildet aber keinen prinzipiellen Gesichtspunkt, von dem aus schwebende Rechtsfragen zu entscheiden sind, aus diesem Grunde haben wir bereits früher gegen den auf blofse Routine gerichteten Inhalt des § 950 protestiert. Wir forderten Achtung vor dem objektiv verletzten Eigentum, dem gegenüber nicht einmal die in gutem Glauben geleistete Arbeit vorgezogen werden soll, sie darf die Güterordnung ebensowenig verschieben, wie jeder beliebige Eingriff durch willkürliche Handlung eines Unbefugten.

Nichtsdestoweniger fragt es sich, ob nicht innerhalb der menschlichen Thätigkeit Unterschiede zu berücksichtigen sind, die so tief in unserem Wesen wurzeln, dafs auch die Rechtsordnung sie nicht übergehen kann. Trotzdem das Eigentum als Rechtsgut über die Arbeit als einfache Thätigkeit gestellt wird, mufs es möglicherweise doch zurücktreten, wo eine Schöpfung in Frage kommt, welche sich als unmittelbarster und höchster Ausdruck des menschlichen Geistes darstellt. Eine solche Äufserung des Ingeniums kann sinnlich fafsbare Gestalt gewinnen und steht dann zu ihrem Autor in einer näheren Beziehung als die konkreten Objekte der Gütersphäre zu ihrem Herrn.

Wir haben gesehen, dafs sich die Alten in der rechtlichen Beurteilung von Erzeugnissen der bildenden Künste in ihrem Verhältnis zur Materie nicht von dem leiten liefsen, was wir heute unter einer ästhetischen Auffassung verstehen. Obgleich sie weit davon entfernt waren, den besonderen Verkehrswert der künstlerischen Schöpfung zu verkennen, standen sie in der Behandlung ihres Wesens doch völlig unter dem Einflufs jener Begriffsphilosophie, welche ihre gesamte Weltauffassung beherrschte. Dieser allgemeine Gesichtspunkt tritt am deutlichsten bei Aristoteles hervor in dem, was wir seine Kunst-

theorie nennen dürfen. Es ist hinreichend bekannt, dafs dieser grofse Denker seine Hauptaufmerksamkeit dem Studium der Poesie zuwandte, während im Vergleich damit die bildenden Künste eine nur mäfsige Berücksichtigung fanden. Ihr Wesen erblickt Aristoteles in der Nachahmung.[467] Hierbei handele es sich indessen keineswegs um eine blofse Kopierung der Wirklichkeit, sondern um die stoffliche Nachbildung der in der Wirklichkeit erscheinenden Idee.

Auch bei der künstlerischen Thätigkeit kommt im Grunde nur eine Verbindung des *εἶδος* mit der *ὕλη* in Frage, auch im Kunstwerk gelangt die Idee zur aktuellen Existenz. In dieser Auffassung spricht sich der ganze Kunstidealismus des Aristoteles aus im Gegensatz zu Plato und den Stoikern, denn der Kunsttrieb ist das Bedürfnis des menschlichen Geistes die Idee der Dinge zu suchen und zu ihr zurückzukehren.

Es fragt sich demnächst, wodurch die Erschaffung eines Kunstwerkes als Verbindung der Form und Materie sich von der Entstehung anderer durch menschliche Thätigkeit erzeugten Objekte unterscheide? Ein solcher Unterschied besteht nach Ansicht des Aristoteles und er liegt in der dritten Kategorie der sog. *κίνησις* oder Zweckbestimmung; denn mit der höchsten Kunst — der Poesie — haben auch die bildenden Künste die sog. *καθάρσις* oder seelische Reinigung als einzigen und endlichen Zweck gemein.[468] Daraus ergiebt sich, dafs beim künstlerischen Schaffen jedes andere Ziel ausgeschlossen wird. Ein Gegenstand, welcher die Bestimmung hat, irgend welchem Gebrauche im bürgerlichen Verkehr zu dienen, ist kein Kunstwerk und diese Ansicht führt Aristoteles dahin, die Architektur z. B. vom Kreise der bildenden Künste auszuschliefsen.[469] Andererseits soll aber auch die subjektive Thätigkeit des Künstlers in ihrer *κίνησις* nichts anderes als die seelische

Reinigung verfolgen. Jede um Lohn geleistete Arbeit, sei sie an sich auch noch so ehrenhaft und wertvoll, gilt als banausisch und hat mit künstlerischem Schaffen nichts gemein. Letzteres soll frei sein in ideeller wie in materieller Hinsicht.

Die hier besprochenen Kategorien scheinen kaum hinzureichen, um unabhängig von der allgemeinen Begriffsphilosophie die Grundlage einer selbständigen Ästhetik oder Philosophie der Kunst zu erzeugen. Der Hinweis auf das Banausentum ist an sich noch keine genügende Grenzscheide zwischen dem Schaffen der Kunst und der gewerblichen Produktion. Unstreitig handwerksmäſsige Arbeiten können unentgeltlich geleistet und für geniale künstlerische Schöpfungen materielle Vergütungen beansprucht werden. In der That hat es den Anschein, daſs man sich trotz höchster Blüte der bildenden Künste im Altertum des grundsätzlichen Unterschiedes zwischen der Produktion des gewöhnlichen Gewerbfleiſses und dem künstlerischen Schaffen nicht bewuſst war. Die klassischen Rechtslehrer haben zwischen Skulptur und Malerei kein gemeinsames Band anerkannt, vielmehr in der Spezifikationslehre beide Kunstarten weit auseinandergehalten. In der Bildhauerei erblickten sie eine gewöhnliche Art der Umgestaltung, die sich in nichts von jeder beliebigen handwerksmäſsigen oder rein mechanischen Bearbeitung unterschied. Die Weberei, Schneiderei aus fremdem Stoff, das Zermalen fremden Getreides, das Keltern fremder Trauben führte zu den gleichen Rechtsfolgen, wie die Herstellung einer kunstvollen Bildsäule aus fremdem Erz oder Marmor, alles hing davon ab, wie und in welchem Maſse die Form die Materie bezwang. Im Gegensatz hierzu finden wir, daſs die Malerei allerdings als eine durchaus eigenartige Einwirkung auf die ὕλη angesehen wurde; in Bezug auf sie war von einem besonderen „pretium picturae“

die Rede, im Hinblick auf sie fühlte sich Justinian bewogen auf den hohen Wert der Bilder des Appelles und Parrhasius hinzuweisen. Trotz des hochentwickelten antiken Kunstverständnisses dachte niemand daran, die künstlerische Thätigkeit in ihrer Einheit zusammenzufassen und mit ihrem eigentümlichen Charakter der mechanischen Arbeit gegenüberzustellen. Diese Auffassung der klassischen Juristen ist für die Geschichte der Ästhetik im Altertum ein wichtiges Symptom und verdient als solches die allerweiteste Beachtung. Gerade die scheinbare Gleichgültigkeit gegen den besonderen Wert der Bildhauerei und ihrer Erzeugnisse mufs überraschen, haben doch die neueren Forscher gerade aus der antiken Skulptur ihre wesentlich auf die Plastik berechneten Kunstregeln abgeleitet. Vor allem Winckelmanns und Lessings[470] enthusiastische Verallgemeinerung der hellenischen Schönheitsmaximen stützt sich bekanntlich ganz ausschliefslich auf die Plastik der Formen und dennoch sehen wir, dafs die Denker des Altertums sich eines prinzipiellen oder qualitativen Unterschiedes zwischen der Skulptur und der mechanischen Umgestaltung nicht bewufst waren. Es ist klar, nicht ästhetische, sondern metaphysische Grundbegriffe beherrschten hier ihren Ideenkreis.

Sehr vieles hat sich seitdem in unseren Anschauungen geändert. Der Einflufs der Metaphysik ist gesunken, dagegen bietet uns die neueste Kultur eine hochentwickelte Ästhetik als Philosophie des Schönen und der Kunst. Perioden genialen, naiven Schaffens wechselten ab mit Zeiten ernsten, tiefen Nachdenkens über den Inhalt der Kunst und das Wesen künstlerischer Thätigkeit. Was diese Geistesströmungen mächtig förderte, war die sich allmählich Bahn brechende Überzeugung von der Freiheit der Kunst, von der Notwendigkeit ihrer Erlösung aus dem Dienste anderer, ihr völlig fremder Zwecke.

Denn zwischen der Antike und uns liegt die schier endlose babylonische Gefangenschaft der bildenden Künste im Banne kirchlicher Ziele und Bestrebungen. Dieses Joch ist zwar dem Aufblühen und der Entwickelung des Kunstlebens nicht absolut hinderlich gewesen, stellte aber doch eine solche Fülle von beengenden Verboten und Regeln auf, dafs die hierdurch hervorgerufene Einseitigkeit schliefslich zu völliger Erschöpfung führen mufste. Erst nach jener glanzvollen, befreienden Bewegung, welche zum Schlufs des Mittelalters von Italien ausging, war es möglich, über das eigenste Wesen der bildenden Künste nachzudenken. Erst jetzt konnte überhaupt die Frage aufgeworfen werden, was ein Kunstwerk an sich sei und worin im Gegensatz zu anderem menschlichen Thun die künstlerische Produktion bestehe.

In jener Überzeugung von der Freiheit der Kunst, ihrer objektiven Notwendigkeit und Ungebundenheit an äufsere Zwecke gehen wir wiederum auf den Grundgedanken des Aristoteles zurück. Mit dieser Idee ist er von allen Denkern des Altertums für uns am fruchtbarsten gewesen; völlig verworfen sind von der modernen Ästhetik die Prinzipien Platos, nach welchen die bildenden Künste ausschliefslich vom Gesichtspunkt eines geeigneten Bildungs- oder Erziehungsmittels zu beurteilen seien.[471] Trotzdem ist diese Richtung während des ganzen Mittelalters von der Kirche bewufst und unbewufst gepflegt worden und kann auch heute noch in der öffentlichen Meinung der Kulturvölker auf zahlreiche Anhängerschaft rechnen. Der Kampf um die sog. Lex Heinze im Deutschen Reichstag bot einen überzeugenden Beweis für die Kraft jener Strömung selbst noch in unseren Tagen, er zeigte uns aufs neue, welche Hindernisse der allgemeinen Verbreitung des Aristotelischen Ideals im Wege stehen.

Es kann hier unsere Aufgabe nicht sein, ein umfassendes Bild von der Entwickelung der modernen Ästhetik zu entwerfen. Dieser kulturelle Prozefs ist für uns nur insofern von Bedeutung, als sich aus ihm eine möglichst zutreffende Vorstellung von dem besonderen Charakter des künstlerischen Schaffens gewinnen läfst. Andererseits mufs der Jurist jene „scientia humanarum rerum“ in sich aufnehmen, wenn er zu den tiefsten Gründen seiner Rechtserkenntnis gelangen und sich nicht mit den bisher üblichen rein empirischen Wert- und Verkehrsrücksichten abfinden lassen will.

Die Wirkung der künstlerischen Produktion im Gegensatz zur wissenschaftlichen besteht darin, dafs ein geistiger Erfolg durch unmittelbare sinnliche Eindrücke hervorgerufen werden soll. Dieses sinnliche Moment bewog die Stoiker, welche in ihrem einseitigen Geistesstolz als höchste menschliche Funktion nur das reine Denken anerkannten, die ästhetische oder sittliche Bedeutung der bildenden Künste überhaupt zu leugnen. Jener Dualismus, welcher in der wahren Bestimmung des sinnlichen und ideellen Elements in der Kunst liegt, hat den Fortschritt der modernen Ästhetik ungemein erschwert, er gelangte schon in den ersten Stadien ihrer Entwickelung in der sog. sensualistischen und rationalistischen Richtung zu einem einseitigen Ausdruck.

Der ästhetische Sensualismus fand seine wissenschaftlichen Vertreter hauptsächlich unter den Engländern — Home, Burke und Hogarth. Er verlegt das Ästhetische schlechthin in die Erfahrung der Person, in ihr Empfinden. Das einzige Kriterium bestehe im subjektiven Lustgefühl. In seinem rohesten Materialismus geht Burke so weit, den Begriff des Schönen aus dem menschlichen Geselligkeits- und Geschlechtstrieb abzuleiten. Einen ähnlichen Sensualismus offenbarten auch die

Franzosen des 18. Jahrhunderts wie z. B. Batteux. Letzterer klassifiziert die schönen Künste einfach in solche des Auges und des Ohres. Das höchste Ziel der Kunst liege in der Naturnachahmung, hierbei sei ausschliefslich sinnliches Vergnügen zu verfolgen, praktische Zwecke dagegen durchaus zu verbannen. In dieser Einschränkung finden wir immerhin einen Anklang an die Auffassung des Aristoteles und gleich ihm scheidet auch Batteux die Baukunst von den schönen Künsten aus.[472]

Die gesamte Theorie vom subjektiven Sensualismus läfst sich offenbar für die Rechtsordnung nicht verwerten, denn sobald der künstlerischen Produktion keine andere Bedeutung beigemessen wird, als sinnliche Erregung gleichviel welcher Art, so erscheint damit z. B. die abwehrende Haltung des Stoizismus ihr gegenüber als völlig gerechtfertigt. Sie unterscheidet sich alsdann durch nichts von jeder beliebigen Thätigkeit, welche den menschlichen Bedürfnissen oder dem Luxus zu dienen bestimmt ist.[473] Beim Vorherrschen subjektiver Momente fehlt schliefslich jedes objektiv-sichere Kriterium, welches uns ermöglichte, ein Kunsterzeugnis untrüglich zu erkennen und als solches rechtlich zu würdigen.

Im Gegensatz zu dieser mit grofser Sicherheit vorgetragenen grob-sinnlichen und flachen Kunstauffassung beginnt der ästhetische Idealismus behutsam tastend seinen Entwickelungsgang. Die Begründung und erste Pflege dieser Richtung bildet das unstreitige Verdienst der deutschen Philosophie im 18. Jahrhundert vor allem der Männer aus Leibnitz's Schule wie Wolff und Baumgarten;[474] es ist von höchstem Interesse zu beobachten, wie sich die Vorstellung von der Herrschaft der Idee oder vom geistigen Erfolge im Kunstwerk nach und nach Bahn bricht. Baumgarten hat zuerst das Wesen und



die Wirkung des Kunstwerkes in etwas anderes verlegt, als in den subjektiven Sensualismus.[475] Er unterscheidet die höhere Vernunft von der niederen, insofern durch die erstere das bewufste Erkennen des Geistes vermittelst logischer Begriffe, durch die letztere die sinnliche Anschauung zum Ausdruck gelange. Die höhere Vernunft erzeuge das logisch begründete Verstandesurteil, die niedere das aus einer „verworrenen" Vorstellung entspringende Geschmacksurteil. Trotz der offenbaren Unzulänglichkeit dieser Scheidung erkennen wir hier dennoch das deutliche Bestreben, den Inhalt der Kunst und der künstlerischen Thätigkeit aus dem reinen Sensualismus zu retten und dem Verstandesurteil zu unterstellen. Zwar erscheinen auch hier die Sinne als vermittelndes Glied, aber sie führen das Kunsterzeugnis der menschlichen Erkenntnis dem Ideenkreise zu. Den gleichen Gedanken drückt Moses Mendelson[476] in der Form aus, dafs er die „Schönheit für die sinnlich erkannte Vollkommenheit" erklärt.

Trotz jener Metaphysik des Schönen und einer geistvollen Populärästhetik,[477] welche das 18. und der Beginn des 19. Jahrhunderts hervorbrachten, bleibt Kant doch immer der markanteste und einflufsreichste Denker unseres Zeitalters auch in der Frage vom künstlerischen Schaffen. Nach seinem eigenen Ausspruch handelt es sich hierbei um den Übergang vom Gebiet des Naturbegriffes als dem Sinnlichen zu dem des Freiheitsbegriffes als dem Übersinnlichen. Die Urteilskraft ist die Vermittlerin zwischen den beiden Gegensätzen der theoretischen Vernunft — dem Verstande und der praktischen Vernunft — dem Willen.[478] Während Kant in gleicher Weise dem ästhetischen Sensualismus, wie dem Rationalismus entgegentritt, versucht er es in der Kritik der Urteilskraft, beide

Teile der Philosophie, die reine und die praktische Vernunft, zu einem Ganzen zu verbinden.

Kant unterscheidet in seiner Kritik der ästhetischen Urteilskraft eine freie und eine adhärierende Schönheit, letztere setzt den Begriff von dem voraus, was der Gegenstand sein soll, während die erstere der Vorstellung eines Zweckes entbehrt und uns vorwiegend in der reinen Natur entgegentritt.[479] Im sog. Kunstwerke handelt es sich dagegen um die adhärierende Schönheit, denn die Kunst „hat jederzeit eine bestimmte Absicht etwas hervorzubringen“. Trotzdem aber „mufs die Zweckmäfsigkeit im Produkte der schönen Kunst, ob sie zwar absichtlich ist, doch nicht absichtlich scheinen; d. i. schöne Kunst mufs als Natur anzusehen sein, ob man sich ihrer zwar als Kunst bewufst ist.“[480] Daher ist die schöne Kunst die Kunst des Genies d. h. desjenigen produktiven Vermögens, welches als Naturgabe „selbst zur Natur gehört“. „Genie ist die angeborene Gemütsanlage (ingenium), durch welche die Natur der Kunst die Regel giebt“.[481]

Vom Handwerk unterscheidet Kant die künstlerische Thätigkeit folgendermafsen: „Die Kunst sieht man so an, als ob sie nur als Spiel, d. h. Beschäftigung, die für sich selbst angenehm ist, zweckmäfsig ausfallen (gelingen) könne, das Handwerk so, dafs es als Arbeit, d. i. Beschäftigung, die für sich selbst unangenehm (beschwerlich), und nur durch ihre Wirkung (z. B. den Lohn) anlockend ist, mithin zweckmäfsig auferlegt werden kann.“ Weiter fährt Kant fort: „Ob in der Rangliste der Zünfte Uhrmacher für Künstler, dagegen Schmiede für Handwerker gelten sollen, das bedarf eines anderen Gesichtspunktes der Beurteilung, als derjenige ist, den wir hier nehmen, nämlich die Proportion der Talente, die dem einen oder anderen dieser Geschäfte zum Grunde liegen müssen“.[482]

Der Schwerpunkt des künstlerischen Schaffens liegt also in der Freiheit, mit welcher die Naturkraft des Genies sich äufsert. In Übereinstimmung mit Aristoteles hat auch Kant die Ungebundenheit an den Zweck als allgemeine Voraussetzung der Kunst hingestellt.

Bei genauerer Analyse der künstlerischen Thätigkeit wird im einzelnen folgendes hervorgehoben: Es sollen sich dafür keine bestimmten, allgemein giltigen Regeln entwickeln lassen, das wichtigste Erfordernis ist die Originalität. Ferner aber mufs das Kunsterzeugnis „exemplarisch“ sein, d. h. es soll selbst zwar nicht aus der Nachahmung entspringen, wohl aber anderen zum Richtmafse oder zur Basis der Beurteilung dienen. Endlich giebt das künstlerische Ingenium „als Natur die Regel“, d. h. der Urheber des Kunstproduktes weifs selbst „nicht, wie sich in ihm die Ideen dazu herbeifinden“, er hat es auch nicht „einmal in der Gewalt anderen mitzuteilen, wie sich solche Produkte hervorbringen liefsen“.[483]

Das Kunstwerk ist der Ausdruck einer ästhetischen Idee, welche „durch den Begriff von einem Objekt veranlafst wird“. Ganz besonders gilt dieses von den bildenden Künsten, unter welchen die Plastik „die Begriffe von Dingen, so wie sie in der Natur existieren könnten, körperlich darstellt“. Die Malerkunst dagegen bringt „den Sinnenschein künstlich mit Ideen verbunden“[484] zum Ausdruck. Im Gegensatz zu Winkelmann und Lessing giebt Kant „unter den bildenden Künsten der Malerei den Vorzug, teils weil sie als Zeichnungskunst allen übrigen bildenden zum Grunde liegt, teils weil sie weit mehr in die Region der Ideen eindringt und auch das Feld der Anschauung diesen gemäfs mehr erweitern kann, als es den übrigen verstattet ist“.[485]

Weil das Kunstwerk das freie Schalten einer Naturkraft im Menschen voraussetzt und der unmittelbare Ausdruck einer vom Schöpfer ausgehenden Idee ist, so giebt in ihm der Urheber mit elementarer Gewalt einen Teil seines eigenen Ich von sich, welcher nach Schellings Ausdruck „im Kunstprodukt bewufstlos endet“.[486] Das Kunstwerk ist ferner nicht Abbild der Idee, sondern die Idee selber; der Stoff, aus welchem es angefertigt wurde, — Stein, Metall, Holz, Farbe — gehört deshalb nicht zu seinem Wesen, er wird durch die Form vertilgt.

Diese zum Teil schon im Altertum aufgestellten Kantischen Gedanken über die Herrschaft der Idee im Kunstwerk sind auch von allen späteren Ästhetikern festgehalten worden, besonders von Schiller,[487] Fichte,[488] Schelling,[489] Hegel[490] und Schopenhauer,[491] so dafs sie heute fast als Gemeingut, als communis opinio aller Gebildeten gelten dürfen. Die moderne Rechtswissenschaft und Gesetzgebung haben sich dem angeschlossen. Ganz besonders weit reicht hier der Einflufs Theodor Vischers, vielleicht des populärsten Kunstphilosophen der Gegenwart. Der Hauptvorzug seiner Ästhetik beruht auf einer unerschöpflichen Fülle stofflichen, aus tiefem Kunststudium und vielseitigster, feinster Beobachtung gewonnenen Materials, seine Systematik hat mehrfach Einwände hervorgerufen. Auch Vischer ist reinster Idealist. Das Schöne ist nach seiner Fassung die Idee in der Form begrenzter Erscheinung.[492] Es werde durch eine Thätigkeit hervorgebracht, welche „den Zwiespalt zwischen dem Theoretischen und Praktischen als überwunden voraussetzt“. Neben der Betonung des „Formwesens“ wird der „ideelle Gehalt“ in den Vordergrund gestellt, wobei Vischer den „würdigsten Gehalt der Kunst in der sittlichen Macht des öffentlichen Lebens“ er-

blickt. Dieser „Gehalt" ist auch von den modernen Juristen gebührend geschätzt und anerkannt worden. Was anders hat sie dazu bewogen, den Entwurf des Sujets oder Stoffes bereits als eine künstlerische That gelten zu lassen, welcher der Rechtsschutz zu teil werden müsse. Kohler[493] charakterisiert „das imaginäre Bild als die individuelle Weise, in welcher der Künstler seinen Stoff idealisiert, in Idealweise gebildet hat; das imaginäre Bild ist das Idealisierungswerk des Künstlers".

Für uns gewinnt in diesem Zusammenhange das Kunstwerk freilich erst von dem Augenblick Bedeutung, wo die Idee die Materie wirklich schon bezwang. Wir haben aber aus dem gesamten Gebiet der Ästhetik geflissentlich die Lehre von der individuell und konkret gefafsten Idee herausgegriffen, um darzuthun, dafs nach unserer heutigen Auffassung es sich beim künstlerischen Thun weder um Eigentums-[494] noch um Arbeitsfragen handelt, sondern um die Stellung der Person im Privatrecht und um den Schutz ihrer rechtmäfsigen Handlungen. Die Umgestaltung fremder Sachen durch eine künstlerische That ist als eine Vernichtung des Objekts anzusehen. Die Idee ist eine Funktion ihres Urhebers, was sie verschlang, führt sie ihrem Autor zu. Niemandem kommt es in den Sinn, die Eigentumsfrage in Bezug auf konsumierte fremde Nahrungsmittel aufzuwerfen, obgleich sie in allerweitester stofflicher Bedeutung vielleicht noch existent sind. Sollen wir uns anders zu demjenigen stellen, was unser Genius konsumierte, unsere geistigen Funktionen verzehrten?

Grofsen Einflufs gewannen Kants Gedanken auf die Rechtswissenschaft auch in der Abgrenzung und Fixierung des künstlerischen Gestaltens. Ohne Kant zu citieren, vielleicht ohne seine Anschauungen direkt zu kennen, hat die neueste juristische Litteratur und mit ihr auch die Gesetzgebung sich

ganz und gar in seinem Ideenkreise bewegt. Nur ist man selten zu einem umfassenden Urteil gelangt, sondern hat bald dieses, bald jenes vom grofsen Philosophen aufgestellte Requisit hervorgehoben.

Vollkommen einig ist man darin, dafs es sich im Kunstwerk um die Verwirklichung einer individuellen Idee handeln müsse. Ähnlich verhält es sich mit dem Erfordernis der Freiheit von einem besonderen sog. praktischen Gebrauchszweck. Hierin bleiben Aristoteles und Kant die mafsgebenden Autoritäten. Die Reinigung — *καθάρσις* — des Gemütes und Wesens soll allein erstrebt werden.[495] Dieses Ziel hat man dann gelegentlich dadurch erweitert, dafs man es auf die Bildung[496] ausdehnte und zwar „teils auf die ästhetische, teils auf die versinnlichende Didaktik". Als Kunstwerke in diesem Sinne werden geographische und topographische Karten, naturhistorische und architektonische Pläne angesehen. Übrigens will sich der moderne Jurist im Gegensatz zu manchen neueren Ästhetikern nicht dazu verstehen, die Architektur und Lustgärtnerei zu den bildenden Künsten zu rechnen, eben weil der praktische Gebrauchszweck hierbei ein ganz überwiegender, oft allein mafsgebender ist.[497] In dieser Frage ist Aristoteles allein führend geblieben. Denkbar wäre es überdies, dafs ein weitreichender Einflufs vom heute noch prävalierenden Immobiliarsachenrecht ausging. Abgesesehen von jenen Erwägungen läfst sich das künstlerische Moment in der Baukunst nicht mit derjenigen Sicherheit und Bestimmtheit abtrennen und begrenzen, die ein präcieser Rechtsschutz erfordert. Diese Auffassung wird man auch für die Spezifikationslehre anerkennen müssen. Soweit die künstlerische Ausschmückung vom Begriff des Gebäudes separiert werden kann, gilt sie als selbständiges Kunsterzeugnis; wo solches

nicht möglich ist, bleibt allein das Eigentumsrecht am Hause für die Regelung des Verhältnisses mafsgebend. Ebensowenig darf die Reproduktion von Kunstwerken auf Gegenständen, welche zum wirklichen Gebrauch bestimmt sind, als künstlerisches Schaffen angesehen werden. Ein Künstler, welcher sein Bild einem gewöhnlichen Gebrauchsobjekte anheftet, verzichtet damit auf den Selbstzweck seiner Idee und wird zum Kunsthandwerker. Mag Conception und Ausführung noch so hoch stehen, der Verkehr kann damit rechnen, die Kunst aber mufs den Gegenstand aus ihrem besonderen Kreise ausschliefsen.[498] Man stelle sich ein verfeinertes, hochkultiviertes Leben vor, dessen sämtliche Bedürfnisse gewissermafsen von der Kunst erfüllt und durchwebt sind, so wird die wahre Kunstschöpfung sich selbst dann über dieses höchste Niveau noch erheben müssen, wenn sie eine freie Geistesregung bleiben soll. Andererseits lassen sich bei niedrigen Kulturzuständen und unbedeutender Entwickelung der Conception und Technik die ersten Kunstbestrebungen nur an jener selbstständigen Richtung in das Gebiet der reinen Idee erkennen.

Eine wichtige und schwierige Frage bildet das Requisit der Originalität im Kunstwerk. Wie wir wissen, erblickt Kant darin ein wesentliches Erfordernis der künstlerischen Produktion. Die Juristen sind bestrebt, diesem Punkt eine möglichst weite, liberale Fassung zu geben. Sie sind bereit, die künstlerische Bedeutung auch solchen Objekten beizumessen, welche eine individuelle Idee zwar nicht zum erstenmal ausdrücken, deren Urheber aber den fremden Inhalt in der Ausführung völlig zu seinem eigenen machte, um ihn frei und selbständig aufs neue zu gestalten. Man fürchtete durch eine allzuweit gehende Betonung der geistigen Originalität die Kunstübung zu beschränken und den Rechtsschutz in eine

Bedrückung des freien Fortschrittes zu verkehren.[499] Andererseits liefs sich nicht leugnen, dafs die Gestaltung ein und derselben Idee zahllose Variationen zulasse, die wiederum auf einem unabhängigen Geistesprozefs beruhen. Wir dürfen in der Spezifikationsfrage noch weiter gehen, handelt es sich bei ihr doch nicht um den Schutz einer Idee vor Nachahmung, sondern um die richtige Würdigung der künstlerischen Umgestaltung eines körperlichen Stoffes. Hier ist jede artistische Reproduktion zu berücksichtigen, jede Wiedergabe einer, sei es auch in allen Teilen fremden, Idee durch künstlerische Mittel, zu künstlerischen Zwecken. Es reicht hin, dafs der Schöpfer eine fremde Idee in sich aufnehme, um sie durch selbständige Formgebung von sich aus zu gestalten. Mit diesem Vorgange haben wir es bei den sog. reproduzierenden Künsten zu thun.

Die künstlerische Form besiegt den Stoff bei der Kopie eines Bildwerkes oder Gemäldes, beim Kupferstich, Stahlstich, Holzschnitt, bei der Lithographie.[500] Selbst „das Nachmachen ist hier das Produkt der eigenen geistigen und technischen Geschicklichkeit“. Deshalb bleibt „die den Gedanken in einem äufserlichen Material verbildlichende Form“[501] als Ding auch hier das Eigentum des produzierenden Individuums. Selbst die höchste Kostbarkeit des Materials gilt als etwas für die Kunstschöpfung gleichgültiges, als Stoff entschieden untergeordnetes, während beim Industrieerzeugnis alle wirtschaftlichen Wertfaktoren, deren sich der Arbeitsprozefs bediente, eingehend zu berücksichtigen sind.

Mag also die Nachahmung auch von der Art sein, dafs nach den im konkreten Fall geltenden Gesetzen das Autorrecht als verletzt gilt, so behauptet sich in den reproduzierenden Künsten immer noch so viel selbstständiger

geistiger Gehalt, dafs ihm gegenüber das Stoffrecht zurücktreten mufs.

Neben diesen absoluten Kriterien für die Bestimmung der bildenden Künste tritt die relative Frage nach der Höhe des Kunstgehalts, welcher dem konkreten Produkt eigentümlich sein mufs, damit es seine ideale Stellung behaupte. Die innere geistige Anschauung des Darstellers kann sehr unbedeutend, die Conception der Idee eine sehr schwache sein; es ist schliefslich möglich, dafs die Gestaltung im körperlichen Stoff weit hinter den bescheidensten Ansprüchen einer normalen Technik zurücksteht. Wir fragen mit anderen Worten, welches Gewicht wird auf den künstlerischen Wert oder Unwert des Erzeugnisses zu legen sein? Die Antwort ist möglichst bestimmt und umfassend zu geben. Liegen die absoluten Kriterien vor, nach welchen ein gewisses Objekt als Kunstprodukt anzuerkennen ist, so hat das Recht sich mit den schwankenden Vorstellungen vom Wert oder Unwert der Leistung nicht mehr weiter zu befassen. Weder die Bedürfnisse des Marktes oder Verkehrs noch die zeitweiligen Ansprüche der Kunstkritik haben hier wesentlichen Einflufs.[502] Denn von welcher Art auch das Kunsterzeugnis sein mag, es gilt im Vergleich mit dem Eigentum als Gegenstand einer höheren Rechtsfunktion, es verschlingt den Stoff und vernichtet die an ihm bestehenden Rechte.

Nach Analogie der künstlerischen Thätigkeit ist auch das Schreiben auf fremdem Stoffe zu beurteilen. Handelt es sich um eine selbständige geistige Produktion, sei es auch nur die Abfassung eines Briefes, einer Notiz oder Rechnung, so verfällt das Material dem Schreiber, bei einer rein mechanischen Abschrift oder beim Bedrucken kann die Arbeit das Stoffeigentum nicht alterieren.

In einem anderen Zusammenhang brachten wir diejenige Fassung für den § 950 des Bürgerlichen Gesetzbuches in Vorschlag, welche u. E. in besserem Einklang mit der heute noch herrschenden Eigentumslehre steht. Der cit. Artikel wäre in Rücksicht auf den besonderen Charakter des künstlerischen Schaffens durch folgenden Satz zu ergänzen:

„Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe vermittelst Bildhauerei, Zeichnen, Malen oder Gravieren ein Werk der bildenden Kunst herstellt, erwirbt das Eigentum an dieser neuen Sache. Die gleiche rechtliche Wirkung hat die Abfassung eines originalen Schriftwerkes auf fremdem Material.“[503]

Die obligatorische Verpflichtung zur Schadensvergütung an den in seinem dinglichen Recht Benachteiligten ist, wie wir bereits früher bemerkten, im § 951 des Bürgerlichen Gesetzbuches befriedigend geregelt.

Es mag sein, dafs die praktische Tragweite dieser künstlerischen Spezifikation keine sehr grofse ist; die Frage hat aber eine hervorragende prinzipielle Bedeutung. Nicht nur zufällige Beobachtungen auf dem Gebiete des Verkehrs, nicht allein die ephemere Schätzung des materiellen Wertes der Güter sollen für uns mafsgebend sein, sondern vor allem die tiefste Erkenntnis vom Wesen der Dinge, soweit sie uns kraft derjenigen Hilfsmittel zugänglich ist, welche der Stand unserer heutigen Kultur und Wissenschaft überhaupt bietet.

---

Drittes Kapitel.

# Die Lehre von der Identität der Körper.

## § 9. Die Sachidentität im Rechtsgeschäft.

Wir haben gesehen, welche Sicherheit die juristische wissenschaftliche Methode der antiken Metaphysik verdankte, lagen doch den Anschauungen über die Entstehung, Klassifikation und Abgrenzung der Rechtsobjekte feste Normen zu Grunde. Diese absoluten Werturteile mufsten namentlich dort ihre Wirkungen äufsern, wo das Wesen der Dinge subjektiv verschieden aufgefafst werden konnte. Die Vorstellungen der Parteien von demjenigen, was ursprünglich als Gegenstand des Rechtsgeschäfts festgesetzt wurde, gehen nicht selten auseinander und hier bedürfen wir allgemein gültiger Normen, mit deren Hilfe die sich widersprechenden Auffassungen der Subjekte zu vereinigen sind. Es kommt alles darauf an, das Verhältnis dieser Vorstellungen zu dem Objekte zu bestimmen, welches man bei Begründung des Rechtsgeschäfts im Auge hatte, die Identität beider ist von entscheidender Bedeutung. Diese Frage kann nur mit Hilfe derjenigen Kategorien gelöst werden, die das Wesen der Dinge ausmachen und gestalten, auf welche sich also sämtliche vernünftigen subjektiven Vorstellungen mit logischer Notwendigkeit vereinigen müssen. Die Lehre von den Identitätsmerkmalen steht also im aller-

engsten Zusammenhang mit den metaphysischen Begriffsbestimmungen.

Da hier dem Rechtsobjekt die Vorstellung des Subjekts gegenüber tritt, so gelangen wir damit in das Gebiet der Willensäufserungen im Vertrage und im einseitigen Rechtsgeschäft.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Identitätsfrage bei den Konsensualverträgen, deren Existenz ganz ausschliefslich von der Willenskongruenz der Beteiligten abhängt.[504] Diese Kontrakte kennen nicht, wie z. B. die formalen Geschäfte, eine Norm, welche den ausgesprochenen Willen ein für allemal festhält und alle rückwärts geleiteten Untersuchungen über ihre Rechtsbeständigkeit, ihre Fehler und Mängel untersagt. Weil hier vielmehr der nudus consensus ausschliefslich mafsgebend ist, so kann die Frage nach seiner Gültigkeit oder Vollkommenheit jederzeit im einzelnen und in allen Entwickelungsstufen geprüft werden.

Die Willenseinigung hat verschiedene Momente zum Gegenstand — die Art des Vertrages, die Person der Parteien, das Objekt des Geschäfts. Die beiden ersten Punkte — die Art des Vertrages sowie die Person des Kontrahenten — können wir übergehen, in diesem Zusammenhang beschäftigt uns die Stellung des Rechts zum Objekt.

Auch beim Konsensualvertrage müssen die Beteiligten ihren Willen auf ein und denselben irgendwie bestimmten Gegenstand — corpus — richten. Ein Kontrakt kann dort nicht entstehen, wo die Absicht der Parteien auf ganz verschiedene Dinge, auf verschiedene, selbständige Naturganze hinstrebt. Wollte daher der eine Kontrahent den fundus Cornelianus veräufsern, während der andere den fundus Sempronianus zu erwerben gedachte, so entsteht kein Vertrag

wegen Objektsmangels. Jede von den genannten Sachen ist zwar das Ziel einer einseitigen Willensrichtung, liegt aber aufserhalb einer Willenseinigung.[505]

Die Beantwortung der Frage, ob eine solche Willenseinigung vorhanden ist oder nicht, kann in verschiedener Weise erfolgen. Man könnte zunächst die konkrete Absicht der beteiligten Subjekte einer eingehenden psychologischen Analyse unterwerfen, um hierdurch festzustellen, inwiefern die beiderseitigen seelischen Triebe übereinstimmen. Das ist ein mühsames Verfahren, welches uns trotz seiner scheinbaren Gründlichkeit in ein Labyrinth von Zweifeln führte, aus dem es keinen Ausgang mehr gebe.

Neben diesem relativen Mafsstabe besteht aber noch ein absolutes Prinzip. Hiernach müssen leitende Grundregeln aufgefunden werden, mit deren Hilfe im konkreten Fall ein notwendiger Durchschnitts- oder Normalwille zu konstruieren wäre. Dieser ist der gegebenen, fehlerhaft entstandenen oder ausgedrückten Absicht gegenüberzusetzen. Erst durch Vergleich der Willensmeinungen mit jener Norm wird sich bestimmen lassen, ob die Abweichung in den konkreten subjektiven Vorstellungen die beiderseitigen Willensäufserungen des Vertragscharakters entkleidet oder nicht. Mit anderen Worten, es mufs ein möglichst vollkommenes System von Merkmalen gefunden werden, welches für die Wichtigkeit oder Belanglosigkeit solcher subjektiver Abweichungen einen sichern, allgemein gültigen Mafsstab böte.

Die römische Rechtskunst schuf hierfür gewisse positive und negative Sätze, mit deren Hilfe sich feststellen liefs, was die normale, willensfähige Vertragspartei gewollt haben mufs und was sie jedenfalls nicht gewollt haben kann. Ein solcher positiver Normalwille kann zunächst durch Gesetzesvorschrift

bestimmt werden oder sich aus Gewohnheiten herausbilden. Die Haftung des Verkäufers für Eviktion z. B., welche ursprünglich eine besondere Vereinbarung voraussetzte, wurde später als etwas von den Vertragsparteien regelmäfsig Gewolltes durch Rechtssatz anerkannt. Ebenso gilt die Haftung für die Fehler der Kaufsache ohne besondere Verabredung kraft ädilizischen Edikts als von den Kontrahenten gewollt.

Je fester solche Vorschriften die Art des Vertrages und seinen Inhalt charakterisieren, je mehr sie sich den normalen Gewohnheiten und Anschauungen (heute sagt man den Anforderungen des Verkehrs) anpassen, um so leichter und sicherer gestaltet sich der Vertragschlufs, um so kürzer können sich die Parteien fassen. Die Kunst, Verträge zu schliefsen, welche unter der Herrschaft unentwickelter Rechtsnormen eine Fülle besonderer Lebenserfahrung und sophistischer Sprachfertigkeit erfordert, gestaltet sich sobald ein klares, gut spezialisiertes Gesetz herrscht, zu einem verhältnismäfsig einfachen Vorgang. Die allgemeine Äufserung des Parteiwillens reicht hier hin, während das bestehende Gesetz seine Wirkungen im einzelnen feststellt und ergänzt.

Bei der Regelung eines solchen Normalwillens können aufser Rechtssätzen und Gewohnheiten auch Naturgesetze oder Anschauungen, welche man zur Zeit für Naturgesetze hält, mafsgebend sein. Ein Vertrag darf nicht etwas berühren, was nach diesem Codex nicht besteht oder unmöglich ist. Die vernünftige, normale Vertragspartei kann kein Rechtsgeschäft abschliefsen wollen, dessen Gegenstand ein Centaure oder ein sonstiges Fabelwesen ist.

Indessen, wie bereits bemerkt wurde, bleibt der Codex der Naturgesetze nicht für alle Zeiten unwandelbar. Seine Autorität, ja sein Umfang unterliegt je nach unserem Erkenntnis-

vermögen Schwankungen. Was nach den Anschauungen einer Zeit als gänzlich unmöglich erschien, gilt in einer andern Epoche als durchführbar. Heute fiele es niemandem ein, Frachtverträge mit Luftschiffern als rechtskräftig anzuerkennen, und wer weiſs, wie bald Verkehr und Gesetz mit solchen Kontrakten werden rechnen müssen. Dasjenige, was einer Vertragspartei im Zweifel als normaler Wille untergeschoben wird, kann wesentlich durch die jeweilig herrschenden Naturlehren beeinfluſst werden.[506]

Die Bedeutung von Naturgesetzen besaſsen in der alten Welt auch die metaphysischen Systeme der philosophischen Schulen.

Die Juristen, welche sich jene Weltanschauungen zu eigen gemacht hatten, durften nicht gut anders verfahren, als die gleiche Ansicht den normalen Vertragsparteien unterzuschieben. Was ihnen als objektive Wahrheit galt, was nach ihren naturphilosophischen Begriffen möglich oder unmöglich war, das konnte, sei es auch unbewuſst, von einem vernünftigen Kontrahenten nicht anders gewollt sein.

Wie aber, wenn der betreffende Sachkörper als mögliches und sogar wirklich vorhandenes Naturganzes im Vertrage genannt wurde, es sich aber später herausstellte, daſs beide Parteien ihren Willen mit abweichenden subjektiven Vorstellungen auf ihn gerichtet hatten. Der Gegenstand an sich ist zwar nur einer und dabei absolut bestimmt, indessen die Anschauung der Kontrahenten und damit zugleich ihre auf die Sache bezogenen Willensmeinungen sind verschieden. Man könnte sagen, in ihren subjektiven Vorstellungen erscheine der an sich einfache Gegenstand als etwas Mehrfaches. Die psychologische Analyse der abweichenden Auffassungen verspricht auch hier keinen Erfolg; die Lösung der Frage, ob

eine Willenseinigung vorliegt, ob ein Vertrag zu stande gekommen ist, hängt wiederum von der Identitätsbestimmung ab. Abermals heifst es, was ist mafsgebend für das Wesen des Sachkörpers, für seinen Begriff, welche subjektive Vorstellung ist mit diesem Wesen identisch und in welcher offenbaren sich so weit gehende Abweichungen, dafs sie nur rein äufserlich als auf das fragliche Objekt gerichtet erscheint? Auch hier verfuhren die klassischen Rechtslehrer mit gröfster Sicherheit, indem sie von den Kategorien der herrschenden philosophischen Systeme ausgingen. Sobald man diese Grundlagen kennt, lassen sich die Spuren ihrer Denkmethode unschwer sogar in den Pandektenfragmenten auffinden und in fester Ordnung zusammenstellen.

## § 10. Der sog. error in substantia im Lichte der peripatetischen und stoischen Philosophie.

Ist die subjektive Vorstellung der Parteien nicht identisch mit dem wahren Wesen des Gegenstandes, auf welchen das Rechtsgeschäft gerichtet war, so liegt ein Irrtum vor. Beim Vertrage insbesondere macht es keinen Unterschied, ob der Irrtum nur einen Kontrahenten betraf, oder beide Teilnehmer, hier wie dort handelt es sich um eine Abweichung vom absoluten Begriff der Sache.

Dieser Sachirrtum — error in objecto — im allgemeinen kann verschiedene Seiten des Gegenstandes betreffen und je nach seinem Umfang und seiner Bedeutung gewisse rechtliche Folgen haben. Schon bei den römischen Juristen finden wir bestimmte Klassifikationen, ohne dafs es indessen gelungen wäre, ihren Ursprung und Inhalt zu ermitteln.

Wir wenden uns zunächst dem sog. error in substantia zu und schicken unserer Untersuchung die bekannte und

vielfach kommentierte L. 9. § 2. Dig. de contr. empt. 18. 1. voraus:

Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum: Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino[507] veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio, quia eadem prope *οὐσία* est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur. Vergl. L. 85. Dig. de leg. III. und L. 9. pr. § 2. Dig. de tritico vino vel oleo legato. 33. 6.

Diese Stelle wurde bisher zu den unklarsten des Corpus juris gerechnet. Was hat man ihr nicht alles nachgesagt? Sie wäre total sinnlos, böte einen Beweis für die mangelhafte Naturkenntnis der Römer. Bestenfalls handle es sich hier um eine „Privatansicht Ulpians“,[508] welche „dem römischen Juristen nicht zur grofsen Ehre gereiche“.[509] Man tröstete sich also damit, dafs diesem merkwürdigen Ausspruch schliefslich doch keine allgemeine Bedeutung, keine gröfsere Tragweite zukomme. Und dennoch weist Justinians Gesetzbuch wenige Stellen auf, die mit solcher Klarheit gerade die allgemeine Denkmethode der klassischen Rechtslehrer beleuchtete. Sie enthält das gerade Gegenteil einer Privatansicht Ulpians, was sie bietet, sind philosophische Maximen von allerweitester Geltung,[510] denn auch hier haben wir es mit einem Gegensatz von peripatetischen und stoischen Lehrmeinungen zu thun.

In den abgegrenzten, selbständigen Sachkörpern — corpora im weiteren Sinne — werden zwei Elemente — die substantia und das corpus im engeren Sinne oder die Form unterschieden. Trotz Übereinstimmung der Kontrahenten hinsichtlich der Sache im ganzen können doch Willensverschiedenheiten bezüglich des einen oder anderen jener beiden Faktoren vorliegen. Nun ist möglicherweise schon von Sabinus oder noch vor ihm[511] die Frage aufgeworfen worden, was in solchem Falle für die Identität der Sache als mafsgebend gelte: die äufsere Gestalt und Form oder der Stoff, die Substanz, welche dieser zu Grunde liege. Unter den späteren Juristen entscheidet Marcellus den Streitpunkt dahin, dafs die Übereinstimmung des Willens hinsichtlich des corpus oder der Form ausschlaggebend sei, während den verschiedenen subjektiven Vorstellungen der Kontrahenten von der Substanz keine Bedeutung zukomme. Mit anderen Worten für die Identität des Gegenstandes ist seine äufsere Gestalt — das *εἶδος* mafsgebend, die Materie oder *ὕλη* soll dagegen die individuelle Existenz und Bestimmung nicht beeinflussen.

Das ist, wie wir wissen, peripatetische Metaphysik und von ihr ausgehend, konnte man zu einem anderen Schlufs als Marcellus nicht gelangen. Bekanntlich geht bei Entstehung des Sachkörpers die Materie in der Form unter, denn nur unser Denken ist es, was die Form ablöst und in ihrem Fürsichsein hinstellt;[512] in der Sache aber, die nur durch die Form geworden ist, bleibt letztere — das *εἶδος* — auch das einzig Wirkliche.[513] Eine normal-vernünftige Vertragspartei kann demnach an die Materie, als an etwas in der betreffenden Individualsache nicht mehr Vorhandenes, im Sinne eines realen Objekts nicht gedacht haben. Die Materie wollen, hiefse etwas ins Rechtsgeschäft setzen, was nicht mehr besteht. Wie bei der Spezi-

fikation durch den Hinzutritt der nova species die ἐσχάτη ὕλη mit allen daran haftenden Rechten zu existieren aufhört, so kann bei Rechtsgeschäften über eine Individualsache der Wille nur auf dasjenige gerichtet sein, was in ihr wirklich vorhanden ist, d. h. die Form. Im übrigen entspricht es unseren früheren Beobachtungen,[514] wenn auch bei Beurteilung der Identitätsfrage Labeo im Lager der Peripatetiker steht:

> L. 45. Dig. de contr. empt. 18. 1. Marcianus libro quarto regularum: Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet.

Daſs Kleider getragen oder nicht mehr neu sind, betrifft ihren Stoff, nicht aber ihre Form, und da über letztere unter den Parteien keine Willensverschiedenheit vorliegt, so ist das Rechtsgeschäft giltig. Ebensowenig kann der Verkauf eines Gefäſses angefochten werden, falls die Kontrahenten sich nur über den Stoff, d. h. die Art des Metalles täuschten.

Schon Savigny[515] hat es durchgefühlt, daſs im citierten Fragment eine einheitliche Auffassung wiedergegeben sei, die möglicherweise von den älteren Juristen vertreten wurde.[516] Das trifft, wie wir gesehen haben, durchaus zu und alles, was man dagegen vorgebracht hat, kann hier unberücksichtigt bleiben, zumal es sich bei jenen polemischen Versuchen doch stets um unhistorische Verstümmelung der Quellenzeugnisse handelt, damit von einem vorgefaſsten Standpunkt aus scheinbare Widersprüche ausgeglichen werden.

Aufser den erwähnten Entscheidungen des Marcellus und des Labeo bieten uns die Quellen keine weiteren Belege für die Regelung der Identitätsfrage nach dem peripatetischen System. Kraft dieser Theorie wird ein error in substantia grundsätzlich nicht anerkannt, er kann daher auch keine Folgen im Rechtsverkehr haben. Von Bedeutung ist der error in corpore und dieser betrifft die Form.

---

Welchen Einflufs hatte die Stoa auf die Regelung unserer Frage? Die späteren Juristen dieser Schule kommen, wie das nicht anders sein konnte, zu einem dem Labeo und Marcellus diametral entgegengesetzten Schlufs: Willenseinigungen über die äufsere Gestalt der Sache reichen für die Rechtskraft des Konsensualvertrages nicht hin, sobald in Betreff der Substanz keine Übereinstimmung vorlag. Das sind die Prinzipien der stoischen Naturlehre. Nicht die äufsere Gestalt ist für die Entstehung und das Wesen einer Sache entscheidend, sondern der Stoff, wie Ulpian sich streng technisch ausdrückt, die „*οὐσία*“. Jene *ἕξεις*, welche das Ding individualisieren, gelten zwar als mehr oder weniger mafsgebende Eigenschaften, können aber durch ihr Hinzutreten nicht gleich dem *εἶδος* die Substanz vernichten. Letztere besteht als *ὑποκείμενον* fort und bildet das Wesen des konkreten Objekts. Wenn also der Peripatetiker in der Identitätsfrage erklärt, die Parteien konnten beim Abschlufs des Rechtsgeschäfts nur die äufsere Gestalt, das *εἶδος* der Sache im Auge haben, was sie vom Stoff dachten, ist gleichgiltig, so kommt der Stoiker zum umgekehrten Schlufs: Bei Beurteilung einer Willenseinigung über das Objekt ist die Stellung der Parteien zur Substanzfrage entscheidend. Die Willenseinigung über die Form, die nicht wesentlichen *ἕξεις*

hat keine Bedeutung, sie kann für den Bestand des Rechtsgeschäfts nicht genügen, sobald in Betreff der *οὐσία* die Übereinstimmung fehlte.

Im übrigen zeichnen sich die stoischen Juristen durch größte Folgerichtigkeit in der Anwendung ihrer Prinzipien aus. Da die Bestimmung der Identität einer Sache nach Maßgabe der Substanz erfolgt, so hängt alles davon ab, ob der Vertragsgegenstand überhaupt etwas von dem vereinbarten Stoff enthält oder nicht. Ist also z. B. die Substanz verdorben, oder hat sie Eigenschaften angenommen, welche von den Parteien nicht vorhergesehen waren, so knüpfen sich daran keine Folgen und das Rechtsgeschäft behält seine Giltigkeit. Ein Kaufkontrakt über Wein bleibt in Kraft, selbst wenn das Getränk sauer geworden sein sollte, da ein solcher Weinessig immer noch die Weinsubstanz darstellt. Chemisch hergestellter Essig — embamma — ist dagegen eine andere *οὐσία* und kann deshalb nicht das Objekt eines über Wein abgeschlossenen Vertrages sein.

Dem error in substantia stellen die stoisch gesinnten Juristen den Irrtum über das Geschlecht des verkauften Sklaven gleich:

> L. 11. § 1. Dig. de contr. empt. 18. 1. Ulpianus libro vicesimo octavo ad Sabinum: Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est.

Savigny[517] hat es für „seltsam" erklärt, „hier an einen verschiedenen Stoff denken zu wollen, auch habe kein Jurist von einer verschiedenen substantia oder materia der beiden Geschlechter gesprochen".

Diese Zweifel sind an sich noch nichts Überzeugendes; ebensowenig überzeugend, wie Savignys Versuch, „beide Ge-

schlechter als Waren verschiedener Art“[518] hinzustellen. Wie nun aber, wenn die kurze Fassung der römischen Rechtslehrer einfach darauf zurückzuführen ist, daſs sie sich bei Beurteilung des Geschlechts und seiner Bedeutung auf allgemein bekannte naturphilosophische Systeme oder physiologische Lehren stützten?

In der That ist das Geschlecht, wie aus den Quellen hervorgeht, keine bloſse *ποιότης* des Individuums, es betrifft vielmehr sein ganzes Sein, die *οὐσία* selbst.

Die strenge Scheidung der Geschlechter ist als naturphilosophisches Prinzip bereits von Aristoteles aufgestellt und durchgeführt worden. Nach ihm verhält sich das männliche zum weiblichen Geschlecht, wie die Form — *εἶδος* — zur Materie — *ὕλη*. Der männliche Same gelte hiernach nicht einmal als stofflicher Bestandteil des Embryo, er gebe vielmehr der vom Weibe genommenen Substanz bloſs den Anstoſs zur Entwickelung.[519] Es sei daher auch der männliche Same vom weiblichen Zeugungsstoff in den Katamenien zu unterscheiden.[520]

Die ganze Lehre des Aristoteles über diese Frage ist in der neuesten Litteratur ausführlich und zusammenhängend dargestellt worden.[521] Ob die Stoiker in ihrem naturphilosophischen System gleichfalls den verschiedenen Geschlechtern einen bestimmten Platz einräumten, darüber geben uns die neueren Forscher keine sichere Auskunft.

Bei näherem Einblick in die Quellen läſst sich indessen der Nachweis erbringen, daſs sich die Vertreter der stoischen Schule, wie in der Auffassung des Stoffes überhaupt,[522] so auch in dieser Frage wesentlich auf peripatetische Grundlagen stützten. Selbstverständlich tritt auch hier der dem stoischen System eigentümliche Materialismus in den Vordergrund.

Chrysippus[523] nennt den männlichen Samen einen Bestandteil des alles belebenden Weltpneuma. Der weibliche Same wird hiervon streng unterschieden.[524] Sphärus erklärt ihn an sich für gänzlich unfruchtbar. Er sei etwas Schwächliches, Geringfügiges, Wässeriges.[525]

Das Eigentümliche jedes Samens bestehe darin, dafs er stets Dinge erzeuge, die gleichartig seien mit denjenigen Erscheinungen, von welchen er seinen Ausgang nahm.[526] Sphärus behauptet, dafs der Same der Erzeuger sämtlicher Teile des tierischen und menschlichen Körpers sei.[527] Man könne ihn mithin als die bestimmende Quintessenz, als das Mafsgebende im fraglichen Geschöpf bezeichnen.

Es ist leicht, in diesen Sätzen den Einflufs peripatetischer Anschauungen zu erkennen. Denn auch Aristoteles lehrt, dafs nur der männliche Same den Keim der empfindenden Seele enthalte. Hierbei folge das Kind dem Geschlechte des Vaters, „falls der männliche Same, von welchem der Anstofs zur Entwickelung ausgeht, die Kraft habe, den ihm gegebenen Stoff vollständig zu zeitigen; fehlt es ihm hierzu an der nötigen Wärme, so entsteht ein Wesen von kälterer Natur, ein Weib, ‚welches seiner Art nach dazu bestimmt sei‘, in den Katamenien den rohen Stoff zur Fortpflanzung herzugeben“.[528]

Hinsichtlich ihrer Auffassung des weiblichen Zeugungsstoffes als an sich unfruchtbarer ὕλη stimmen die Peripatetiker mit den Stoikern überein. Setzen wir im Einklang mit dem stoischen Sensualismus an die Stelle der aristotelischen Seele in den männlichen Samen das körperliche πνεῦμα, so ergeben sich im stoischen System thatsächlich für beide Geschlechter verschiedene körperliche Substanzen, je nachdem im Sinne des Sphärus beim männlichen das πνεῦμα, beim weiblichen die ὕλη das entscheidende Übergewicht hat und dadurch auf das

Individuum bestimmend wirkt.[529] In seiner Metaphysik verlegt Aristoteles den Unterschied zwischen dem Männlichen und Weiblichen in die *ὕλη* unabhängig vom *εἶδος*. Das stoische System macht ganz analog die *οὐσία* zur Basis jener Trennung und damit steht dann aufser Zweifel, dafs der Geschlechtsunterschied ein stofflicher und deshalb wesentlicher ist.

Welche Bedeutung hat der error in sexu? Die stoisch denkenden Rechtslehrer konnten von ihrem naturphilosophischen Standpunkt aus gar nicht anders verfahren, als für die Vertreter der beiden Geschlechter eine verschiedene Stoffbildung annehmen. Da aber die stoische Auffassung sich hier auf peripatetische Lehren stützt, so ist es ganz begreiflich, dafs die Wirkungen des error in sexu unter den Juristen der verschiedenen Richtungen gar nicht streitig waren.

Der Irrtum über das Geschlecht eines Sklaven oder Säugetiers ist ein echter error in substantia oder *οὐσία* und zieht die Nichtigkeit des Kaufgeschäfts nach sich: nulla est emptio, nulla est venditio.

Die cit. L. 11. § 1. de contr. empt. stellt den error in sexu neben den Irrtum hinsichtlich der Unbeflecktheit einer verkauften Sklavin. Ersterer ist wesentlich, letzterer nicht — emptio valebit. Das ist im Sinne des Systems durchaus konsequent, denn die Entziehung der Jungfrauenschaft ändert nicht die Substanz des Weibes.

Eine andere Erklärung hat Kohler[530] versucht; er geht von der Annahme aus, dafs in den beiden genannten Fällen Sklaven „zu sexuellen Zwecken“ verkauft wurden und erwähnt zugleich eine Reihe von Belegen für den auf römischen Sklavenmärkten herrschenden Cynismus. Gleichwohl habe „die spezielle Neigung des Käufers“ für die Jungfrauenschaft der Sklavin im Handel einer besonderen Berücksichtigung nicht bedurft,

während es an bestimmten Hinweisen auf das Geschlecht des Individuums sicher nie mangelte, selbst wenn der Knabe in Mädchenkleidern steckte. „Der Cynismus des Sklavenmarktes sorgte dafür, dafs es an Zusicherungen und Andeutungen über die Eigenschaften der Ware nicht fehlte. Auf solche Erklärungen habe eben der Käufer gebaut, darum hat er es unterlassen, sich über die Ware zu vergewissern, wie es auf dem Sklavenmarkt von jeher üblich war“.

Wir können einräumen, dafs die Voraussetzungen Kohlers für den konkreten Fall zutreffen. Aber gerade wenn ein Kauf zu sexuellen Zwecken stattfand, mufste die Jungfrauenschaft von Bedeutung sein. Und weshalb sollte etwa der römische Lebemann diesen Vorzug weniger geschätzt haben, als es der heutige rohe und verkommene Genufsmensch thut? Dafs der Käufer sich zu seinem Nachteil in der Beschaffenheit der Ware getäuscht hatte und geneigt war, das Rechtsgeschäft rückgängig zu machen, ersehen wir aus den Worten des Juristen.

Gerade in diesem Falle erscheint eine Zusicherung des Verkäufers als in hohem Grade wahrscheinlich, denn die Untersuchung auf offenem Markt ist hinsichtlich der Unbeflecktheit so gut wie ausgeschlossen und so ohne weiteres kann man den Verlust der Jungfrauenschaft vor genauer Prüfung jedenfalls nicht feststellen. Dagegen ist das Geschlecht eines in Weiberkleidern vorgeführten Sklaven selbst auf offenem Markte leicht zu erfahren,[531] und wer ohne jede Kontrolle den vermeintlichen „puer“ abführt, giebt damit zweifellos zu verstehen, dafs er dem Geschlecht des Kaufobjekts keine grofse Bedeutung beimifst.

Derartige kasuistische Vermutungen bieten uns also gar keine sichere Handhabe. Nach dem Wortlaut der besprochenen

Quellenstelle wird sich niemals bestimmen lassen, ob der Jurist eine Zusicherung gewisser Eigenschaften in irgend welcher Form voraussetzte, oder ob der Irrtum durch hiervon unabhängige Umstände hervorgerufen wurde. Ebensowenig klärt uns das vorhandene Material darüber auf, worin der römische Verkehr die mafsgebenden Gesichtspunkte beim Verkauf zu sexuellen Zwecken erblickte. Schwerlich sind die Entscheidungen der klassischen Rechtslehrer von solchen schwankenden Erwägungen ausgegangen. Aber selbst im Interesse des Verkehrs behandelt die römische Praxis den Irrtum über die Unbefleckther der Sklavin durchaus nicht als etwas Gleichgiltiges. Sie ist gern bereit, dem Irrenden beizuspringen, nur die Nichtigkeit des Vertrages kann schlechthin nicht dekretiert werden, da hinsichtlich der Substanz des Kaufobjekts immerhin eine Willenseinigung vorlag. Deshalb wird mit Hilfe der actio empti das Geschäft mit allen seinen Wirkungen nachträglich wieder aufgehoben:

L. 11. § 5. Dig de act. empt. vend. 19. 1. Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum: Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur.

Sowohl l. 11. § 1. Dig. de contr. empt. 18. 1, als auch die lex 11. § 5. cit. stammen von Ulpian her, sie setzen beide den gleichen Thatbestand voraus und erkennen beide die Giltigkeit des fraglichen Kaufvertrages an. Während aber die l. 11. § 1. Dig. 18. 1 rein konstruktiv verfährt und die Rechtspunkte prinzipiell feststellt, betrachtet L. 11. § 5. Dig 19. 1 die praktische Seite der Frage und bestimmt die Hilfsmittel, deren sich der getäuschte Käufer bedienen könnte. Die actio

redhibitoria wird dabei aus dem Grunde verworfen, weil Mangel der Jungfrauenschaft kein morbus oder vitium im Sinne des ädilizischen Ediktes ist und letzteres strikte interpretiert werden mufs.[532]

Man könnte darauf hinweisen, dafs l. 11. § 5. cit. von einer wissentlichen Täuschung durch den Verkäufer spricht — venditor sciens errare eum passus est —, während dasselbe in L. 11. § 1 nicht gerade betont wird. Indessen für die rein konstruktive Seite — ob giltig, ob nicht — ist jener Umstand ganz bedeutungslos, da der Vertrag in beiden Fällen zu stande kommt. Wichtiger wird diese Frage erst dann, wenn die praktischen Folgen erwogen werden und in einem solchen Zusammenhang ist ihre Erwähnung nicht mehr überflüssig.

---

Wie wir gesehen haben, erscheint nach der stoischen Auffassung das Geschlecht als das Ergebnis einer Verbindung verschiedener Zeugungsstoffe, wobei bald das männliche *πνεῦμα*, bald der weibliche Same — *τὸ τῆς θηλείας σπέρμα* — überwiegt. Von Interesse für uns ist daher die Beurteilung, welche jede beliebige Verbindung verschiedener Substanzen seitens der stoischen Juristen findet. Im menschlichen oder tierischen Wesen wird diejenige Geschlechtssubstanz, welche nicht prävaliert, derartig verdrängt, dafs sie, vom Zwitter oder Hermaphroditen abgesehen, sich gar nicht mehr äufsert. Sofern aber in der aus mehreren Stoffen zusammengesetzten Individualsache ein noch so geringer Bestandteil der vereinbarten *οὐσία* vorhanden ist, mufs dieser Umstand berücksichtigt werden und das Rechtsgeschäft bleibt in Kraft. Damit aber nach stoischer Auffassung in einem solchen Fall diese *οὐσία* als im Vertragsobjekt vorhanden gelten kann, ist es erforder-

lich, dafs sie die Sache völlig durchdringe. Nach jener Regel bleibt ein Konsensualkontrakt z. B. über Gold rechtskräftig, selbst wenn das gelieferte Objekt aus einer Metallmischung bestehen sollte, welche einen auch noch so geringen Goldbestandteil enthält. Die Goldsubstanz durchdringt nach den Regeln der *μίξις* den Körper und insofern mufs anerkannt werden, dafs er die vereinbarte *οὐσία*, sei es auch in einem verschlechterten, minderwertigen, verunreinigten Zustand darstellt.[533] Die *ποιότης* des so verdorbenen Goldes bleibt gleichgiltig, sobald nur überhaupt Gold vorhanden ist. Diese streng stoische Auffassung wird von einer Reihe neuerer Juristen vertreten. „Si aes pro auro veneat — nullam esse emptionem" lehrt Ulpian. Indessen fährt er — L. 14. Dig. 18. 1. — fort:

> ut puta coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa est magna ex parte aenea? venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit.[534]

Ganz ebenso urteilt der strenge Stoiker Paulus:

> L. 10. Dig. de contr. empt. 18. 1: Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim emptio valet.

Das „aurum deterius" ist natürlich gleichfalls eine Mischung mit minderwertigen Metallen.

Nun findet bei der *μίξις* oder *κρᾶσις* nach stoischer Lehre allerdings keine endgiltige Verschmelzung der Körper statt, vielmehr durchdringen sie sich nur gegenseitig ohne ineinander vollständig aufzugehen. Man könnte also im Prinzip die Goldteile ausscheiden und dem benachteiligten Kontrahenten damit die Möglichkeit geben, den Beweis zu erbringen, dafs die Substanzen und daher auch die Vertragsgegenstände doch nicht identisch sind. Indessen mit einer solchen Möglich-

keit kann der Jurist dort überhaupt nicht rechnen, wo verarbeitetes Material in Frage kommt. Hier wäre eine Scheidung der Substanzen, selbst wenn sie durch Sachverständige bewerkstelligt werden könnte,[535] nur um den Preis einer Zerstörung der Individualsache denkbar. Das liegt im Interesse keines der beiden Kontrahenten. Bezog sich der Vertrag auf unverarbeitete Stoffe, so ist eine Trennung der Massen freilich ohne Sachzerstörung möglich, das Rechtsgeschäft aber bleibt trotzdem bestehen. Nach dem Prinzip „in majore inest minus“ mufs sich die Partei vorläufig auch mit einer geringeren Menge des vereinbarten Materials begnügen. Die verschiedene Vorstellung von der Quantität ist aber nach stoischer Auffassung etwas ganz Gleichgiltiges, da das *πόσον* blofs als *ποιότης ποιότητος* gilt.[536]

Die Richtigkeit des hier Gesagten bestätigt uns Ulpian:

L. 19. § 3. Dig. de auro argento etc. legatis. 34. 2. Ulpianus libro vicesimo ad Sabinum: Idem Celsus libro nono decimo quaestionum quaerit, si centum pondo argenti fuerint relicta, an replumbari debeant, ut sic appendantur. et Proculus et Celsus ajunt exempto plumbo appendi debere: nam et emptoribus replumbatae adsignantur et in rationes argenti pondus sic defertur: quae sententia habet rationem.

Beim Verkauf unverarbeiteter Metallmischungen findet, wenn möglich, eine Ausscheidung desjenigen Materials statt, dessen Lieferung im Vertrage nicht vereinbart war, während in Bezug auf die verabredeten Stoffe das Geschäft bestehen bleibt. Diesem Verfahren wird im folgenden § desselben Fragments die Behandlung der Spezies gegenübergestellt:

L. 19. § 4. Dig. eod.: Plane si cui vascula argentea, ut puta lances quadratae sint legatae, etiam plumbum, quo continentur, eum sequetur.

Eine Auflösung und Trennung der Stoffe ist hier nicht vorgeschrieben; das Rechtsgeschäft bleibt in Kraft, wofern nur in der fraglichen Sache etwas von der vermachten substantia vorhanden war, die übrigen Bestandteile werden dann gewissermafsen mit in den Kauf genommen.

Anders beurteilt der stoische Jurist den Fall, wenn in der fraglichen Individualsache zwei oder mehr Substanzen auf dem Wege der *παράθεσις* derart verbunden sind, dafs die Körper nicht ineinander fliefsen, sondern gesondert neben einander bestehen.[537] Hier lassen sich die einzelnen Materien ohne Vernichtung der Individualsache von einander trennen. Von einem mit Gold- oder Silberplatten beschlagenen Tische kann das Edelmetall ohne Sachzerstörung abgelöst werden; würde ein solcher Tisch dann als goldener oder silberner Gegenstand verkauft, so liefse sich leicht nachweisen, dafs eine Identität der *οὐσία*, also des Wesens der Sache nicht vorliege. Julian erklärt deshalb den ganzen Vertrag für nichtig:

L. 41. § 1. Dig. de contr. empt. 18. 1. Julianus libro tertio ad Ursejum Ferocem: Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur.[538]

Nach allem, was wir hier gesehen haben, macht der Stoiker keinen Unterschied zwischen dem Irrtum über die Individualsache selbst und dem Irrtum über die Substanz. Ein Sachkörper ist nichts anderes, als die mit bestimmten *ἕξεις* ausgestattete *οὐσία*. Der error in substantia gilt nach stoischer Auffassung als ein wahrer error in

corpore oder als Irrtum über dasjenige, was das Wesen des fraglichen corpus ausmacht.

---

Zum Schlufs müssen wir in diesem Zusammenhang noch einen sehr interessanten Einwand erledigen, welcher vom Stoiker Ulpian der peripatetischen Auffassung entgegengestellt wird:

L. 11. pr. Dig. de contr. empt. 18. 1. Ulpianus libro vicesimo octavo ad Sabinum: Alioquin quid dicemus, si caecus emptor fuit vel si in materia erratur vel in minus perito discernendarum materiarum? in corpus eos consensisse dicemus? et quemadmodum consensit, qui non vidit?

Es ist auf den ersten Blick zu erkennen, dafs dieses Fragment einen polemischen Charakter trägt. Der Verfasser will den Beweis dafür erbringen, wie bedenklich und verfehlt es ist, das Wesen einer Sache in ihrer äufseren Gestalt und nicht in ihrer Substanz zu suchen. Kann denn z. B. ein Blinder überhaupt von der Form irgend welche klare Vorstellung gewinnen? Die Folge ist, dafs er beim Abschlufs eines Rechtsgeschäfts von dem εἶδος der Individualsache regelmäfsig abstrahieren wird; wie sollte er daran, als an etwas Bestimmtes, Sicheres denken? Darf ihm unter solchen Umständen die Willenseinigung über die Form, als über das Wesen der Sache aufgezwungen werden?

Kann ferner einem Kontrahenten, welcher das Rechtsgeschäft nur deshalb abschlofs, weil er aus mangelnder Sachkenntnis von der Substanz eine falsche Vorstellung gehabt hat, die Willensmeinung aufgedrungen werden, er habe das εἶδος als das Wesen der Sache gewollt? Wie, wenn er dieses εἶδος überhaupt gar nicht beachtet hat und alle Aufmerksam-

keit auf die von ihm verkannte *οὐσία* richtete? Soll er trotzdem an den Vertrag gebunden sein? Aus dem Gegensatz peripatetischer und stoischer Lehren erklärt sich das Argument Ulpians ohne Zwang und Schwierigkeit, ohne diesen philosophischen Schlüssel ist es überhaupt gar nicht zu verstehen. Wir dürfen uns daher nicht im geringsten wundern, wenn die citierte Stelle zu den widersprechendsten Interpretationen Veranlassung gegeben hat. Man kann Zitelmann[539] den Unwillen sehr gut nachfühlen, welchen in ihm die „Gedankenverwirrung Ulpians" hervorruft. „Denn wäre dieses Argument richtig, fährt er fort, dann würde ein Blinder überhaupt nie einen Vertrag über eine körperliche Sache schliefsen können, denn auch, wenn kein Irrtum vorläge, würde der Satz stets passen: quemadmodum consensit, qui non vidit."

Anders, mit mehr Geduld, hat Leonhard[540] versucht, die Schwierigkeit zu beseitigen: Der ganze in L. 9. § 2. cit. dargestellte Gegensatz beruhe auf einer verschiedenen Auffassung der Aufgaben des Handels und Verkehrs. Marcellus sei der Vertreter der alten Verkehrsanschauungen, welche nur den Gelegenheitskauf und den Hausierhandel kennen und die Kaufmannsthätigkeit mehr als Freibeuterei, denn als ein des Vertrauens bedürftiges Verhalten auffassen. Die Anhänger dieser Auffassung hätten wahrscheinlich behauptet, dafs man auf die den Handel begleitende Rede darum nicht sehen dürfe, weil derjenige, welcher etwas nehme, vorher die Augen schon aufgethan haben werde, ehe er den Beutel aufthue. Diesem Einwande der alten Theorie gegen die neuere begegne Ulpian, indem er darauf hinweise, dafs derjenige, welcher kein Augenlicht habe, doch unmöglich zuvor die Augen aufgethan habe, ehe er den Beutel öffnete.

Hätten die Römer die Rechtsparömie gekannt „thu die Augen oder den Beutel auf, Kauf ist Kauf“, so wäre Ulpians Argument unter Hinweis auf den Blinden vielleicht ein ganz witziger Einwand gewesen, sein Wert aber hätte sich hierauf beschränkt. Indessen von einer wirklichen Anwendung des entsprechenden Prinzips im Handel und Verkehr seitens Ulpians kann gar nicht die Rede sein. Denn dazu legt er in demselben Zusammenhang auf die Eigenschaften der Vertragsgegenstände viel zu wenig Gewicht. Statt Wein kann Weinessig, statt reinen Goldes können alle möglichen minderwertigen Mischungen geliefert werden, ohne dafs hierdurch der Bestand des Konsensualvertrages gefährdet wird. Wie vertragen sich diese Entscheidungen mit der sog. neueren Auffassung vom Kauf „als einem des Vertrauens bedürftigem Verhalten“? So viel ist sicher, abweichende Ansichten über die Aufgaben des Handels und Verkehrs haben jene Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen jedenfalls nicht hervorgerufen.

## § 11. Der sog. error in qualitate im Lichte der peripatetischen und stoischen Philosophie.

Die Lehre von der Sachidentität kann nicht zum Abschlufs gebracht werden, ohne die Frage von der Identität der „Eigenschaften“ zu berühren. Wie beurteilen die klassischen Rechtslehrer den sog. error in qualitate?

Man hat sich dieses Problem nicht selten dadurch sehr vereinfacht, dafs man materia, substantia und qualitas identifizierte. Schon die Glosse[541] hat ein solches Verfahren eingeschlagen, indem die substantia als „qualitas essentialis“ bezeichnete. Cujacius[542] erklärte schlechthin materia, qualitas und substantia für ein und dasselbe. Seine Ansicht ist von

späteren Schriftstellern noch oft, zuletzt von Leonhard[543] wiederholt worden.

Das beruht zunächst auf einem philosophischen Irrtum. Aber auch, wenn man Rechtsgeschichte ohne alle weiteren Hilfsmittel treibt und die Lehren der klassischen Juristen nur aus ihren eigenen Worten zu erklären versucht, so ist es doch schwer verständlich, wie man zu dieser Identifizierung gelangen konnte. Gerade diejenigen Rechtslehrer, welche vom error in qualitate reden, unterscheiden ihn in seinen Wirkungen aufs allerbestimmteste vom error in substantia.

Es fragt sich, was versteht man in den Quellen unter qualitas, wenn von einem error in qualitate die Rede ist?

Diese Art des Irrtums erwähnen nur diejenigen Juristen, welche im Hinblick auf den error in substantia stoischen Naturanschauungen huldigen: Ulpian und Paulus. Weder Labeo noch seine peripatetisch beeinflufsten Anhänger wissen etwas von der qualitas zu berichten und das mit gutem Grunde, denn die qualitas oder *ποιότης* bildete keine aristotelische Kategorie. Anders bei den Stoikern. Sie betrachten die *ποιότης* als ein Glied ihres gesamten Systems, als den bestimmenden Faktor, welcher der qualitätslosen *οὐσία* oder dem Stoff das individuelle Gepräge verleiht, ohne ihn jedoch seiner Natur zu berauben. Nach stoischer Auffassung bilden *οὐσία* und *ποιότης* oder *ἕξις* zwar die Elemente der Individualsache; die *ἕξεις* sind indessen das durchaus Sekundäre, sie treten zum Stoff hinzu, bestimmen ihn mehr oder minder, vernichten aber keineswegs sein Wesen.

Welche Folgen ergeben sich bei der Anwendung dieser metaphysischen Prinzipien auf juristischem Gebiet, welchen Einflufs haben sie auf die Entscheidung der Identitätsfrage? Bei Bestimmung der Sachidentiät ist allein die substantia oder

*οὐσία* das Maſsgebende, die qualitas oder *ποιότης* kommt nicht weiter in Betracht. Lag also beim Abschluſs eines Konsensualvertrages über die substantia Willenseinigung vor, so kann eine Meinungsverschiedenheit über die qualitas das Rechtsgeschäft nicht mehr zu Falle bringen, denn diese Differenz ist, wie die qualitas im Vergleich zur substantia überhaupt, unwesentlich d. h. sie betrifft nicht den Begriff der Sache. Und in der That verfolgen die stoisch denkenden Juristen dieses Prinzip mit unbeugsamer Konsequenz. Ein Rechtsgeschäft, welches über Wein abgeschlossen wurde, bleibt bestehen, selbst wenn der Wein sich als verdorben und sauer geworden herausstellen sollte, denn die von den Parteien vereinbarte Weinsubstanz liegt vor. Es ist zwar die *ποιότης* Säure hinzugetreten, ohne indessen die Weinsubstanz oder *οὐσία* aufzuheben. Wurde ein Kaufvertrag über eine virgo abgeschlossen, so bleibt er in Kraft, selbst wenn sich das Objekt als defloriert herausstellen sollte,[544] die Unbeflecktheit ist eine qualitas, ihr Verlust vernichtet nicht die Substanz des Weibes. Edelmetalle, denen minderwertige Stoffe beigemischt wurden, behalten ihre Substanz;[545] sie mögen verschlechtert sein, das betrifft aber nur ihre *ποιότης* und hat auf die Sachidentität keinen Einfluſs. Ausgebesserte, gereinigte Gewänder werden hierdurch nur mit einer neuen qualitas — der Reinheit — versehen, ihre *οὐσία* bleibt trotzdem die gleiche.[546] Es hat ohne Zweifel seinen guten Grund, daſs sowohl der Stoiker Julian als auch der Peripatetiker Labeo darin übereinstimmen, den Verkauf der vestimenta interpola selbst in dem Falle als giltig anzuerkennen, wenn sie vom Käufer für neue gehalten wurden: Der Peripatetiker läſst das Rechtsgeschäft bestehen, weil das Wesen der Sache — das schaffende *εἶδος* — trotz Reparatur und Reinigung in seiner Identität dasselbe bleibt, der Stoiker gelangt zum gleichen Resultat, weil

Reinheit und Neuheit qualitates sind, welche für das Wesen der Sache keine Bedeutung haben.

Zum Schlufs stellt Paulus, der bekannte Freund jeder Abstraktion die allgemeine Regel über den error in qualitate auf:

> L. 21. § 2. Dig. de act. empt. vend. 19. 1: Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt.

Dem citierten Fragment ist im ursprünglichen Zusammenhang (supra) ohne Zweifel eine eingehendere Erörterung über die Bedeutung der qualitas in ihrem Verhältnis zur Individualsache — dem corpus — vorausgeschickt worden. So wie die Stelle dasteht, behandelt sie eigentlich in erster Linie die Frage des Schadensersatzes, welchen der Käufer aus dem rechtsgiltigen Vertrage von seinem Kontrahenten fordern darf.

Jedenfalls steht an der Spitze die Regel: Meinungsverschiedenheit über die qualitas hat keinen Einflufs auf den Bestand des Rechtsgeschäfts. Um aber aufserdem die Notwendigkeit der Schadensvergütung möglichst drastisch hinzustellen, wählt Paulus als Beispiel den Tisch von Citrusholz, d. h. einen Gegenstand, welcher bekanntlich im Verkehr unverhältnismäfsig hoch geschätzt wurde.[547] Nach heutiger Auffassung könnte man geneigt sein, einen Irrtum über die Holzart als error in substantia anzusehen nach Analogie dessen, wie stoische Metaphysiker und Juristen verschieden Metallsorten beurteilten.

Allein es scheint, dafs die Naturlehre jener Zeit zwischen den einzelnen Holzgattungen eine substantielle Verschiedenheit

nicht anerkannte, sie vielmehr als qualitates ein und desselben allgemeinen Holzstoffes ansah. Trotz eifrigen Suchens ist es uns wenigstens nicht gelungen unter den zahlreichen Beispielen aus der Natur und dem Leben, mit welchen die stoischen Metaphysiker ihre Sätze und Lehren beleuchten, einen Hinweis auf verschiedene Holzsubstanzen zu finden. Wir können an die Analogie des Weines denken, der gleichfalls trotz seiner vielfachen Sorten überall nur als ein und dieselbe *οὐσία* angeführt wird. Wie dem aber auch sei, Paulus hat ohne Zweifel die Auffassung vertreten, dafs die Holzart eine blofse *ποιότης* oder qualitas sei, und wir dürfen annehmen, dafs er hiermit die herrschende stoische Naturlehre wiedergab.

Materia und qualitas stellt auch Ulpian als allgemeine Kategorien neben einander und auch er bestätigt, dafs nur die materia für die Sachidentität mafsgebend sei:

L. 14. Dig. de contr. empt. 18. 1. Ulpianus libro vicesimo octavo ad Sabinum: Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? ut puta si ego me vendere aurum putarem et tu emere, cum aes esset? ut puta coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa est magna ex parte aenea? venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit. Nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro auro veneat, non valet.

Des error in qualitate wird in dieser Stelle nur Erwähnung gethan, von seinen eventuellen Wirkungen ist weiter nicht die Rede. Zweifellos ist im citierten Fragment die Darstellung des Juristen nur zu einem Teil wiedergegeben. Die Kompilatoren haben seine Auseinandersetzungen über die Folgen eines error in qualitate nicht weiter benutzt, da die

ganze Kategorie für den Bestand des Rechtsgeschäfts belanglos war. Auch für uns ist jene Lücke unwesentlich, weil wir Ulpians Ansicht über die ποιότης aus einer Reihe anderer Fragmente bereits kennen.[548]

---

Da die ποιότης selbst eine für das Wesen jeder beliebigen Sache gleichgiltige Kategorie ist, so erfordert die logische Konsequenz, daſs ein Konsensualvertrag trotz error in qualitate bestehen bleibe. Indessen dem hierbei verletzten Vermögensinteresse wird durch Schadensersatz Rechnung getragen.[549] Daraus ergiebt sich dann für den Verkehr folgender Schluſs: Möglichste Erhaltung ordnungsmäſsig abgeschlossener Verträge bei gleichzeitigem Schutz der hierbei verletzten Billigkeitsansprüche. Die unerbittliche juristisch-philosophische Logik und die aequitas mit ihrer Rücksicht auf die Umstände des einzelnen Falles wirken friedlich neben einander, ohne sich in das Gehege zu kommen.

Eine weitere Frage ist es, ob ein negatives Vertragsinteresse in denjenigen Fällen berücksichtigt wird, wo der Konsensualkontrakt wegen error in substantia oder in corpore selbst nichtig wurde. Hier werden natürlich die allgemeinen Regeln über die Haftung für Verschuldung und Fahrlässigkeit von den Eigentümlichkeiten unserer Lehre gar nicht weiter berührt.

---

Wir wissen jetzt, welches Verfahren die klassischen Rechtslehrer einschlugen, um den Willen der Parteien im Konsensualvertrage nach möglichst absoluten Grundregeln zu normieren. In ihrer Denkmethode besaſsen sie eine untrüg-

liche Richtschnur für die Feststellung der Nichtigkeit oder Giltigkeit des streitigen Kontrakts. Die verschiedenen Auffassungen der peripatetischen und stoischen Schule boten nicht gelehrte Schlagworte, sie waren von praktischem Werte. Es ist deshalb sehr begreiflich, wenn die Kodifikatoren Justinians auch hier auf diesen alten Gegensatz hinweisen. Ist aber einmal die historische Entwickelung einer bestimmten Frage berührt, so dürfen wir uns nicht darüber wundern, wenn sich vereinzelt noch Erinnerungen an bereits abgethane Auffassungen vorfinden, ja dafs hin und wieder aus einem überwundenen System einzelne Anschauungen entlehnt werden.

Im allgemeinen können wir sagen, dafs die Kompilatoren, ob mit oder ohne Bewufstsein ist ungewifs, sich die stoische Lehre zu eigen machten. In der Entscheidung praktischer Fälle herrscht vollkommenste Folgerichtigkeit: Die Ansichten Julians, Ulpians und Paulus sind mafsgebend, und wo gelegentlich eine peripatetische Meinung, wie diejenige Labeos, erwähnt wird, da geschieht solches unter Zustimmung der stoisch denkenden Juristen, die im gegebenen Falle trotz abweichender Ausgangspunkte zum gleichen Ergebnis gelangten, wie die Peripatetiker.

Eine Ausnahme von diesem konsequent durchgeführten System finden wir möglicherweise am Schlufs der L. 45. Dig. de contr. empt. 18. 1:

> Marcianus libro quarto regularum . . . quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet.[550]

Wie kommt es, fragen wir, dafs dieser scheinbar peripatetische Ausspruch ohne jede Widerlegung im Corpus juris Aufnahme fand trotz zahlreicher Beweise einer Bevorzugung der stoischen Lehren? Handelt es sich hier etwa um einen

weiteren Beleg für die oft gerügte Flüchtigkeit Tribonians, um die Nebeneinanderstellung nicht nur sich widersprechender Vorschriften, sondern sogar abweichender Grundauffassungen über wichtige Rechtsfragen? In der That, wenn aurum und aurichalcum verschiedene Stoffe waren, so durfte der stoisch denkende Jurist den Kaufvertrag nicht aufrecht erhalten. Das Gold war dann nicht verkauft, der Verkäufer hat keines zu prästieren. Nur ein Peripatetiker, dem die *οὐσία* nicht das Wesen der Dinge ausmacht, welcher alles Schwergewicht auf die Form legt, konnte das Rechtsgeschäft trotz mangelnder Identität der Substanz gelten lassen. Auch sonst spricht noch mancherlei für das Übergewicht peripatetischer Lehrmeinungen an dieser Stelle: Der Anfang der citierten L. 45. giebt, wie wir bereits wissen, eine peripatetische Auffassung Labeos wieder.

Jener Schlufsatz der L. 45. cit. läfst aber neben seinem scheinbar peripatetischen Inhalt auch noch eine andere Deutung im Sinne der stoischen Lehre zu, und alsdann wäre der Standpunkt von Justinians Gesetzgebung ein einheitlicher.

Solange wir nämlich nicht wissen, was die Alten unter aurichalcum verstanden, was sich insbesondere derjenige Jurist, welcher das fragliche Beispiel konstruierte, oder die Compilatoren darunter vorstellten, sind wir überhaupt nicht in der Lage, jenen Streitfall endgiltig zu entscheiden. Denn dafs unter *ὀρείχαλκος* sowohl von Philosophen als auch von Naturkundigen keineswegs immer ein und dasselbe gemeint ist, liegt aufser allem Zweifel. Ja nicht einmal das steht fest, ob es sich hierbei um ein einfaches Metall oder um eine Komposition handelte. Für beide Auffassungen giebt es Belege.[551] Bedeutet aber aurichalcum eine künstliche Mischung, so liefse sich besonders nach der lateinischen Umbildung des Wortes

auch auf das Vorhandensein von Goldteilen in der Sache schliefsen. Durch Festus wissen wir, dafs eine solche Ansicht jedenfalls bestanden hat: „Aurichalcum quidam putant ex aere et auro“.[552]

Was „quidam“ und vielleicht auch Festus glaubten, konnte ebensogut auch die Meinung eines beliebigen klassischen Juristen oder der Kompilatoren sein, und in diesem Falle bildet das angeführte Beispiel vom „vas aurichalcum“ keine Abweichung von der stoischen Identitätslehre.

Das aus dem fraglichen Metalle hergestellte Gefäfs enthält hiernach in seiner *οὐσία* auch Gold, die Willenseinigung über den Stoff liegt vor, das Rechtsgeschäft besteht, jede Anfechtung ist ausgeschlossen. Der Irrtum erstreckt sich nur auf die *ποιότης* und hierfür kann Schadensersatz zugebilligt werden. Diesen Gedanken vertritt die ganze L. 45. cit. von Anfang bis zu Ende, überall ist nur davon die Rede, was der Verkäufer wegen mangelhafter Qualität zu „prästieren“ habe. Es ist der gleiche Grundsatz, den Paulus in L. 21. § 2. Dig. de a. e. v. 19. 1 in Bezug auf die *ποιότης* als allgemeines Prinzip aufstellt.[553]

Wir haben also keine Veranlassung, den Kompilatoren im gegebenen Falle Inkonsequenz oder Nachlässigkeit vorzuwerfen. Es ist möglich, dafs ihre naturwissenschaftliche Auffassung vom aurichalcum keine richtige war, ihre juristische und legislatorische Ideenverbindung ist nach unserer gewifs durchaus zulässigen Erklärung folgerecht.

Wie dem auch sei, zu Gunsten des stoischen Ursprunges jenes streitigen Satzes spricht schliefslich noch ein sehr bemerkenswerter Umstand. Die ganze Zusammenstellung der L. 45. cit. ist keine ganz einheitliche. Zunächst wird in ihr die Frage des Schadensersatzes für mangelhafte Qualitäten des Objekts je nach Verschulden des Verkäufers in steigendem

Tone erörtert. Nachdem schliefslich Julian die volle Interessenvergütung dem böswilligen Verkäufer auferlegt und damit eigentlich den ganzen Fall zum Abschlufs gebracht hat, wird plötzlich in ganz unvermittelter Weise im Beispiel vom vas aurichalcum wiederum zur Haftung des gutgläubigen Verkäufers (venditor ignorans) zurückgegriffen und in zweckloser Kasuistik noch einmal dasjenige wiederholt, was bereits am Anfang der Stelle mit hinreichender Klarheit ausgesprochen war. Was bedeutet dieses überflüssige Anhängsel? Es scheint, wir können hier einen eigentümlichen Brauch der Kompilatoren beobachten.

Generelle Sätze sind bekanntlich bei den römischen Rechtslehrern nicht allzu häufig. Um so aufmerksamer ist dieses beschränkte Material von Justinians Kodifikatoren behandelt worden. Was sie an solchen allgemein giltigen, in Schule und Praxis citierten Beispielen und Aussprüchen zu ihrer Verfügung hatten, suchten sie in ihrem Gesetzbuch anzubringen. Nicht immer ist es ihnen gelungen, den geeignetsten Platz dafür aufzufinden. Man braucht nicht gerade überall nach Interpolationen und Verstümmelungen der klassischen Litteratur durch Tribonian und seine Mitarbeiter zu suchen, und wird es doch wahrnehmen können, dafs gerade Schulbeispiele und universelle Sentenzen nicht selten scheinbar unvermittelt hineingeschoben sind.[554] An sich wäre ein solches Verfahren auch ganz begreiflich. Sie wollten ihr umfassendes, schwer zu bewältigendes Gesetzbuch nach Kräften popularisieren. Dasjenige, was den Juristen ihrer Zeit bereits in Fleisch und Blut übergegangen war, sollte nicht umkommen, und gerade allgemein verbreitete Aussprüche waren besonders dazu geeignet, die Bekanntschaft mit dem Gesamtstoff zu erleichtern. Es ist dabei durchaus nicht erforderlich, dafs solche

Sentenzen und Schulbeispiele aus der klassischen Litteratur stammen, welche den Pandekten zu Grunde liegt, sie konnten auch aus andern Quellen fliefsen. Wie wir durch Cicero wissen, war der Verkauf von aurichalcum statt aurum und umgekehrt ein beliebtes Schulbeispiel der stoischen Rechtsphilosophen. Im lib. III. cap. 23. de officiis finden wir folgendes:

> Haec sunt quasi controversa jura Stoicorum. „In mancipio vendendo dicendane vitia, non ea, quae nisi dixeris, redhibeatur mancipium jure civili, sed haec, mendacem esse, aleatorem, furacem, ebriosum?“ Alteri dicenda videntur, alteri non videntur. „Si quis aurum vendens orichalcum se putet vendere, indicetne ei vir bonus aurum illud esse, an emat denario quod sit mille denarium?“ Perspicuum est jam et quid mihi videatur et quae sit inter eos philosophos, quos nominavi, controversia.

Die Forderung der hier citierten stoischen Rechtslehrer geht eigentlich noch über dasjenige hinaus, was L. 45 in fine über Treue und Glauben der Kontrahenten vorschreibt. Nicht nur der gutgläubige Verkäufer soll für die Folgen des Irrtums beider Vertragsparteien einstehen, nein, sogar dem Käufer wird es zur Pflicht gemacht, keinen Vorteil aus seiner Kenntnis vom wahren Werte des Kaufobjekts zu ziehen. Der Kampf gegen die laesio enormis, das Bestreben, die ädilizischen Vorschriften im Sinne einer verfeinerten bona fides zu ergänzen, ist, wie wir sehen, sehr alt. Die Philosophie der Stoa tritt als Vorkämpferin für ein höheres und schöneres Ideal des gutgläubigen Kontrahenten ein. Dieser Gedanke ist zwar legislatorisch, wie es scheint, erst in später Kaiserzeit durch Diocletian und Maximian verwirklicht worden und sicher ohne jede Erinnerung an diejenigen Rechtslehrer, welchen die erste

Initiative auf jenem Gebiete gehörte.[555] Indessen die klassischen Juristen können nicht ohne Kenntnis hiervon gewesen sein und haben auch, wie wir späterhin sehen werden, zum Teil unter der Herrschaft jener Bestrebungen gestanden. Ob man in der Bestimmung von Treue und Glauben im Verkehr so weit gehen dürfe, darüber ist die stoische Schule zwar selbst mit sich nicht einig. Wir aber müssen zum Schlufs gelangen, dafs die Haftung des gutgläubigen Verkäufers, welcher aurichalcum statt aurum leistete, widerspruchslos anerkannt wurde.

Es liegt hier allerdings ein Bruchstück der stoischen Ethik, nicht der Naturlehre vor. Jedenfalls aber ist der irrtümliche Verkauf von aurichalcum statt aurum oder umgekehrt ein altehrwürdiges, durch Jahrhunderte erhaltenes Schulbeispiel, welches nicht einmal einem bestimmten Juristen angehörte. Die Kompilatoren wollten es nicht umkommen lassen und brachten es daher mit „quemadmodum" dort unter, wo es ihrer Meinung nach allenfalls hinpafste.[556]

### § 12. Fortsetzung. Die Stoa und das ädilizische Edikt.

Der citierte Ausspruch Ciceros hat für uns noch eine weitere Bedeutung. Die Stoiker erstreben im allgemeinen eine Verschärfung des ädilizischen Edikts. Dementsprechend brachten sie den völlig neuen Gesichtspunkt der Haftung des Käufers auf und verlangten überdies eine erhöhte Verantwortung des Verkäufers. Es fragte sich, sollte der Verkäufer eines Sklaven, wie das Edikt vorschrieb, nur für körperliche Fehler einstehen oder auch für seelische Mängel und Charakterschwächen des Kaufobjekts haften? Die Philosophen sind hierüber nicht einer Meinung gewesen. Einige vertraten die strengeren Forderungen, andere verwarfen sie, als zu weit gehend. Wenngleich deshalb eine Verschärfung des Edikts

selbst auch nicht durchgesetzt werden konnte, so ist der Einflufs jener stoischen Kontroverse im Corpus juris dennoch deutlich zu erkennen. Denn dafs ganz dieselbe Frage von den klassischen Juristen erörtert worden ist, darüber gestatten die Kommentare zum ädilizischen Edikt nicht den geringsten Zweifel. Auch hier wird in Erwägung gezogen, ob „animi vitia“ als Redhibitionsgrund gelten sollen; sehr interessant ist es, dafs genau dieselben Charakterfehler aufgezählt werden, deren nach Ciceros Angabe die Stoiker Erwähnung thaten: „mendacem esse, aleatorem, furacem, ebriosum“.[557] Im allgemeinen sind die klassischen Rechtslehrer durchaus geneigt gewesen, das Edikt nach der angegebenen Richtung hin zu erweitern, indessen der strikte Wortlaut des Erlasses, welcher nur von corporis vitia spricht, stand dem entgegen.[558] Gleichwohl suchte und fand man Auswege und zwar in doppelter Weise: Einmal war es denkbar, dafs unter Umständen körperliche Mängel sich auch auf die Seele erstreckten und diese schlecht und fehlerhaft machten — vitium corporale usque ad animum pervenire et eum vitiare —, es konnte vorkommen, dafs sie bis ins Seelenleben hineindrangen — usque ad animum penetrant.[559] Solche durch körperliche Schäden hervorgerufene Charakterfehler durften dann freilich anstandslos nach den Bestimmungen des ädilizischen Edikts beurteilt werden. Was eine loyale Interpretationskunst leisten konnte, war damit erschöpft; gleichwohl fand man für die stoische Reformbestrebung noch eine weitere Handhabe. Die actio empti wird dem Käufer als Schutzmittel gewährt, um sich für die animi vitia des erworbenen Sklaven schadlos zu halten: Aber auch für die Voraussetzungen dieser Klage sind nicht die Normen des ädilizischen Edikts, sondern wiederum die Gesichtspunkte der Stoiker mafsgebend. Die Haftung für die animi vitia ist nicht

im Sinne der Ädilen eine unbegrenzte, sondern hängt, wie die stoischen Rechtsphilosophen betonen, von der Kenntnis des Verkäufers ab. „Dicenda sunt vitia!“ lehren die Stoiker, die actio empti greift Platz, sagt der Jurist: „si (venditor) sciens id vitium animi reticuit“.[560]

Die hohe Achtung, welche Cicero den „controversa jura Stoicorum“ zollt, der Ernst, mit welchem er ihren Standpunkt erörtert, wirft ein interessantes Licht auf das Verhältnis der Philosophie zum römischen Rechtsleben. Es handelt sich dieses Mal um ein Stück stoischer Ethik, das sich in der Rechtsübung wiederspiegelt, ein gutes Seitenstück zum kräftigen Einfluſs der philosophischen Naturlehren. Nicht sog. „gelehrte Stänkereien“ kommen hier in Frage, wie der forsche Praktiker vielleicht sagen würde, sondern eine Klärung und Vertiefung der allgemeinen Welterkenntnis, ein ernsthaftes Streben nach besserem Verständnis für den ethischen Inhalt unseres Lebens. Die hohe, ideale Bedeutung jener Ziele schwebt dem Rechtslehrer, wie dem Gesetzgeber als Leitstern vor, um ihm einen tieferen Einblick in das Wesen seiner Aufgaben zu gewähren.

## § 13. Der Sachirrtum in Formalkontrakten, Realverträgen und letztwilligen Verfügungen.

Wir haben gesehen, von welchen Gesichtspunkten sich sowohl die klassische Rechtswissenschaft als auch die Kodifikation Justinians bei Beurteilung des Sachirrtums leiten lieſsen. Es sollte ein möglichst allgemeines Prinzip zur Bestimmung des Parteiwillens im Konsensualvertrage gefunden werden. Denn da hier Wesen und Existenz des Rechtsgeschäfts auf bloſser Willenseinigung beruht, so ist auch nur letztere für den Bestand des Kontraktes maſsgebend. Der Wille in seiner Unmittelbarkeit belebt den Vertrag, er kann im Zweifel oder

Streitfalle in Bezug auf seinen ganzen Bestand geprüft werden. Es giebt kein äufseres Merkmal, welches den Konsensualvertrag als Rechtsakt darstellt, alles kommt auf seinen materiellen Gehalt an, auf die Umstände, im Zusammenhang mit welchen er abgeschlossen wurde. Hiernach bedarf es der Feststellung einer Reihe von rein thatsächlichen Erfordernissen, damit die ratio naturalis im gesamten Vorgang die Elemente eines Rechtsgeschäftes anerkenne.

Anders verhält es sich mit den Formalakten. Sie bilden gewissermafsen ein „verkörpertes" Rechtsverhältnis. Im Litteralgeschäft tritt das in konkretester Weise zu Tage. Urkunde und Rechtsgeschäft sind kongruent, an die Existenz der Urkunde ist der Bestand der Rechtsbeziehung gebunden. Ganz ebenso verkörpern bei der Stipulation die verba solemnia den Vertrag und lösen ihn als etwas Selbständiges von den in ihm nicht enthaltenen Willensmeinungen der Kontrahenten — den causae — ab.

Um den rechtlichen Charakter des Formalgeschäfts zu erkennen, prüft man daher nicht erst die Umstände, unter welchen er abgeschlossen wurde. „Der Rechtscharakter versteht sich hier von selbst, auch wenn man ihn aufser aller Verbindung auffafst".[561] Eine nachträgliche Analyse des Willens der Beteiligten ist durch keine ratio naturalis geboten und kann deshalb unter Umständen vom positiven Recht sogar untersagt sein.[562]

Der durch die Form geschaffene Vertragskörper ist hier alles, ein Zurückgreifen auf ursprüngliche Willensrichtungen der Parteien hat für die Sache selbst keine Bedeutung. Ja die Beteiligten wählen nicht selten gerade darum die Form, weil sie Untersuchungen über frühere Absichten vermeiden wollen; urwüchsige und starre Rechtsordnungen bevorzugen

aus den gleichen Rücksichten das Formgeschäft. Selbstverständlich ist auch bei den römischen Litteralverträgen und Stipulationen von einer Anfechtung wegen Mangels der Willenseinigung niemals die Rede gewesen. Die Feststellung allgemeiner Prinzipien über einen Normalwillen, über dasjenige, was eine räsonable Vertragspartei wollen mufs, war entbehrlich, da die Stipulationsklausel alle früheren psychologischen Vorgänge zurückdrängte und deckte.

Hierin liegt der Grund, weshalb derselbe klassische Jurist, welcher im Konsensualvertrage genau untersucht, welche Seiten des Geschäfts wesentlich seien und was die beteiligten Personen gewollt haben könnten, bei der Stipulation von allen diesen Fragen absieht. Auch einen Sachirrtum giebt es hier nicht. Das Wesen der Sache wird gar nicht geprüft, sondern wie das „corpus" in die Stipulationsklausel aufgenommen war, genau so ist es zu leisten. Der strenge Stoiker Paulus hätte nie zugegeben, dafs der Konsensualvertrag über eine Species giltig sei, sobald in der Substanz geirrt wurde, und dennoch hält er eine Stipulation unter genau denselben Thatumständen aufrecht:

> L. 22. Dig. de verb. obl. 45. 1. Paulus libro nono ad Sabinum: Si id quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus: sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris.

Trotz ursprünglicher Meinungsverschiedenheit der Parteien über die Substanz (*οὐσία*) genügt hier die Übereinstimmung hinsichtlich des „corpus", d. h. derjenigen Species, welche in den Stipulationsworten genannt wurde. Neben dem formellen Konsens der verba solemnia kann die Frage nach früheren Einigungen oder Widersprüchen des Willens nicht mehr aufgeworfen werden.

Jene abweichende Behandlung des Irrtums in der Stipulation ist von früheren Schriftstellern[563] zwar bereits bemerkt, nicht aber erklärt worden. Merkwürdigerweise hat man in der neueren Litteratur diese Erscheinung damit rechtfertigen wollen, dafs es sich bei der Stipulation „um Fälle des blofs lukrativen Erwerbes handele“.[564] Indessen kann man von der Stipulation schlechtweg sagen, sie sei ihrem Wesen nach ein lukratives Geschäft oder es sei bei ihr „blofs ein Kontrahent interessiert“?[565] Diese Auffassung ist eine rein äufserliche und berührt schwerlich die Grundlagen des Formalvertrages. Die Einseitigkeit der Stipulation ist durch nichts anderes hervorgerufen, als durch ihre Form. Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus, im Getriebe des Rechtsverkehrs erscheint sie nicht als „einseitig belastendes Geschäft“.[566]

Dessen war sich auch der römische Jurist durchaus bewufst,[567] und wenn die Scheidung der vielfach doppelseitigen causa vom Vertragskörper dennoch festgehalten wurde, so lag das nur an der formalen Natur der Stipulation, deren Kraft und Geschlossenheit man nicht durch Aufdeckung ihrer Ausgangspunkte herabsetzen wollte. Diese formale Natur ist auch der Grund, weshalb man sich in der Prüfung des hier erforderlichen Konsenses auf die in der Vertragsformel selbst angegebenen Daten beschränkte. Nur die im Wortlaut erwähnte Species wird berücksichtigt und mufs geleistet werden, ihr eigentliches Wesen, ihre *οὐσία* als letztes Willensobjekt braucht daher nicht untersucht zu werden. Wohl aber ist auch die Stipulation nichtig, wenn stipulator und promissor verschiedene selbständige Naturganze — corpora im Auge hatten.[568] Es liegt alsdann eine formale Inkongruenz von Stipulation und Versprechen vor. Wir können hier die gleiche Wirkung be-

obachten, wie wenn die Frage des Stipulanten überhaupt keine Antwort erzielt hätte:

§ 23. Inst. de inutil. stip. 3. 19. Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset, veluti si hominem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.

In Bezug auf die vom Stipulator bezeichnete Species fehlte jeder Konsens. Das Rechtsgeschäft hat überhaupt keinen objektiven Inhalt. Es ist besonders bezeichnend, dafs hier das Fehlen des Gegenstandes mit dem Mangel der Form verglichen und auf dieselbe Stufe gestellt wird.

Jede weitere Analyse subjektiver Willensmomente bleibt ausgeschlossen, da allein der objektive Thatbestand des Formgeschäfts entscheidend ist — ut quid in re sit, aestimari debeat, non quid senserit promissor.[569]

---

Eng verwandt in Ursprung und Wirkungen ist dem formalen Rechtsgeschäft der Realvertrag. Wie sich beim Litteralkontrakt und der Stipulation das Geschäft in der Form verkörpert, so liegt das Wesen des Realvertrages in der Hingabe der Sache oder in der Bereicherung. Man kann sagen, die res allein obligiere, selbst ohne Rücksicht auf den Willen.[570]

Das war die alte, urwüchsige Auffassung. Nach Hingabe der Sache ist alles endgiltig abgeschlossen. Wie der Gegenstand von Hand zu Hand ging, so liegt er dem Vertrage zu Grunde, welcher ja allein durch Übergabe der Sache zustande kam. Dank dieser konkreten Bestimmtheit hat es hier doch offenbar keinen Sinn, Regeln darüber aufzustellen, was nach metaphysischen Gesetzen eine normale Vertragspartei als Be-

griff oder Wesen der Sache wollen mufs. Selbst wenn in diesem Zusammenhang unter den Beteiligten ein Irrtum oder eine Meinungsverschiedenheit über den Gegenstand oder seine Eigenschaften vorliegt, so wird deshalb der Realkontrakt in seiner Existenz dennoch nicht bedroht.

Diese Übereinstimmung zwischen den realen und formalen Verträgen hinsichtlich der Bestimmtheit des Objekts hat bereits Cicero anerkannt:

> Pro Q. Roscio comoedo § 13: Pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur, expensam latam non esse codices Fanni confirmant, stipulatam non esse taciturnitas tertium concedit.

Zwar ist hier zunächst nur von einer auf certa pecunia gerichteten Klage die Rede, gleichwohl behält für uns der Ausspruch Ciceros insofern das gröfste Interesse, als durch ihn die Grundlage solcher fest bestimmter Forderungen in drei Arten von Rechtshandlungen verlegt wird: in die datio, die expensi latio und stipulatio.

Allerdings ist es möglich, dafs die Willensrichtung der Parteien im Realkontrakt hinsichtlich des Objekts vor und nach seiner Übergabe eine verschiedene war; in solch einem Falle können eventuell für den Verletzten Forderungen auf Schadensersatz entstehen, die Existenz aber des Vertrages darf nicht in Zweifel gezogen werden. Das Commodatum und Depositum sind rechtsgiltig kraft Hingabe der Sache; der Kontrakt wird dadurch nicht anfechtbar, dafs an Stelle eines silbernen ein Zinngefäfs hinterlegt oder geliehen wurde. Nirgends ist gesagt, dafs ein Darlehn aufhöre zu bestehen, wenn der Gläubiger Fungibilien von geringerem Wert hingegeben hatte, als der Darlehnsempfänger zu erhalten glaubte.

Man hat behauptet, dafs bei Beseitigung des Identitätsstreites die „sinnliche Demonstration“ der Sache eine Rolle spielte.[571] Das ist sehr wohl möglich, entscheidend für den endgiltigen Bestand des Rechtsverhältnisses bleibt aber doch die Übergabe — datio — resp. das Haben des Objekts. Dank der zweifellosen Identität des Körpers im Realvertrage sind wir der Notwendigkeit überhoben, Untersuchungen darüber anzustellen, was die Identität der Begriffe ausmache.

In diesem Sinne hat Ulpian die Bedeutung der Identitätsfrage im Konsensual- und Realkontrakt vergleichend nebeneinander gestellt. Bekanntlich gehört der Pfandvertrag zu denjenigen Rechtsverhältnissen, welche sowohl durch nuda conventio, als auch realiter durch Hingabe der Sache abgeschlossen werden können. Liegt eine „nuda conventio“ dem Pfandverhältnisse zu Grunde, so kommt der Vertrag nur dann zu Stande, wenn über die Identität der *οὐσία* keine Willensverschiedenheit besteht. Deshalb gilt auch nur das Gold, hinsichtlich dessen der Konsens stattfand, als vom Pfandnexus ergriffen, über das thatsächlich hingegebene Erz besteht keine Willenseinigung, es bleibt aufserhalb des Kontraktes und wird von ihm nicht einmal berührt:

> L. 1. pr. Dig. de pigneraticia actione 13. 7. Ulpianus libro quadragensimo ad Sabinum: Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. § 1. Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori: et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserit.

Von der Substanz des Objekts, welches der Verpfänder hingab, hatten beide Parteien abweichende Vorstellungen. Und

weil hier ein durch nuda conventio abgeschlossener Pfandvertrag in Frage kommt, so ist er in Bezug auf diese Sache nichtig. Das stimmt überein mit der stoischen Identitätslehre, als deren Anhänger wir Ulpian bereits kennen.

Ganz anders beurteilt derselbe Jurist die Objektsidentität im realen Pfandkontrakt:

L. 1. § 2. Dig. de pigneraticia actione 13. 7. Si quis tamen, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensum est, pignori esse videatur: quod magis est. tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui dedit, praeter stellionatum quem fecit.

Die Analogie mit dem Formalvertrage ist hier augenscheinlich. Das Rechtsverhältnis war endgiltig perfekt nach Übergabe des corpus[572] und hat diese ordnungsmäfsig stattgefunden, so wird die Identitätsfrage für den Bestand des Kontraktes bedeutungslos, da die Willenskongruenz angesichts der Hingabe des fraglichen Gegenstandes die Existenz des Rechtsgeschäfts nicht beeinflufst. Das Erzgefäfs unterliegt nach seiner Tradition dem Pfandnexus, ungeachtet dessen, dafs der Pfandnehmer es irrtümlich für eine goldene Sache hielt. Der reale Pfandvertrag ist endgiltig zu Stande gekommen und aufser der eventuellen Deliktsanklage (praeter stellionatum) bleibt nur der Schadensersatz als Gegenstand eines Anspruches aus dem Vertrage.

Dieselbe verschiedene Beurteilung der Sachidentität im Konsensualkontrakt und dem dinglichen Vertrage finden wir beim Stoiker Paulus:

L. 2. § 6. Dig. pro emptore. 41. 4. Paulus libro quinquagensimo quarto ad edictum: Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. Priscus

ait usu me eum non capturum, quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest:

Es sind hier zwei Momente zu unterscheiden: die reale Tradition und der Titulus, im gegebenen Falle Kauf, also ein Konsensualvertrag. Die Tradition der Sache wird als dinglicher Vertrag von der Identitätsfrage nicht betroffen, sie schafft aber höchstens gutgläubigen Besitz und bildet daher noch keine ausreichende Grundlage für die Ersitzung. Anders verhält es sich mit dem Titulus pro emptore. Dieser mufs nach den Regeln über die Giltigkeit der Konsensualkontrakte beurteilt werden, dazu gehört Willenseinigung der Parteien auch über die Sache und hiermit ist zugleich die Notwendigkeit anerkannt, dafs die Identität des Vertragsobjektes in den Vorstellungen der Beteiligten vorliege. Insofern durch den realen Akt der Tradition eine konkrete Bestimmtheit der Sache gegeben war, stand der Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses nichts im Wege, es wurde aber vereitelt durch die Mängel des konsensualen Elements im Titulus.[573]

Wie wir jetzt wissen, haben die beiden Stoiker Ulpian und Paulus sowohl in der Stipulation, als auch beim Realvertrage den „consensus in corpore“, d. h. die objektive Feststellung der Species, wie sie entweder in der Formel des Vertrages genannt oder körperlich übergeben war, für ausreichend angesehen. Man brauchte der Willensfrage nicht tiefer auf den Grund zu gehen,[574] nicht nach dem Wesen des Objekts und seiner Identität zu forschen, da der Vertragsschlufs in jedem Falle durch die Stipulationsform und die Übergabe der Sache als gesichert galt. Dieser Gesichtspunkt ist dann auch anstandslos von Justinian recipiert und in seiner Kodifikation folgerecht durchgeführt worden.[575]

---

Eine durchaus selbständige Stellung nimmt der Sachirrtum in letzwilligen Verfügungen ein. Zwar ist das römische Testament ein Formalakt und wird nach aufsen hin auch demgemäfs behandelt, indessen besteht hier doch ein tiefgreifender Unterschied vom formalen Vertrage. Denn während in letzterem sich die lex contractus für die Aufsenwelt objektiviert und vom Einzelwillen der Beteiligten loslöst, ist das Testament als lex privata die einseitige Willenserklärung des Testators, die trotz der Form wegen ihrer subjektiven Beschaffenheit doch bis auf ihre ersten psychologischen Anfangsgründe — die vestigia voluntatis[576] — verfolgt werden kann. Hier ist in der That eine psychologische Analyse des Handlungsprozesses möglich und angemessen, trotz der Form wird das Willensdogma streng durchgeführt[577] und das ist der Grund, weshalb hinsichtlich der Behandlung des Sachirrtums sich die letztwillige Verfügung dem Konsensualvertrage nähert.[578]

Weil aber in dem Testament der einseitige, subjektive Wille ohne Beziehung zum Willen einer Gegenpartei schrankenlos waltet, so ist es selbstverständlich, dafs man hier nicht in dem Mafse einer absoluten Interpretationsnorm bedarf wie im Konsensualvertrage. Nichts giebt es hier zu vereinigen und es braucht keine Quintessenz aus den widersprechenden Willensäufserungen oder Willensmeinungen verschiedener Beteiligter gezogen zu werden. Auch der Jurist ist der Notwendigkeit überhoben, seine Zuflucht zu den metaphysischen Lehren zu nehmen, welche als anerkannte wissenschaftliche Wahrheit über den konkreten psychologischen Vorgängen der Einzelnen stehen. Lag also eine letztwillige Verfügung über eine bestimmte Species vor und hatte der Testator bei Lebzeiten mit ihr eine durchgreifende Umgestaltung als Ausdruck seiner Willensänderung vorgenommen, so wirft selbst der strengste

Stoiker nicht mehr die Frage auf, ob wohl der Gegenstand trotzdem noch in seiner bisherigen Substanz fortbestehe. Wenn andererseits der Wille des Erblassers in Bezug auf ein gewisses Objekt feststand, so verdienten selbst die konsequentesten Spezifikationstheorien keine Berücksichtigung. Jede Umwandlung war dann ebenso bedeutunglos, wie die Frage vom Übergewicht des Stoffes oder der Form überhaupt. Wufste man mit Sicherheit, dafs der Testator ein Legat wollte und in diesem Willen bis zu seinem Tode verharrte, so galt es als gleichgiltig, ob inzwischen der vermachte Pokal in einen Silberklumpen und umgekehrt die hinterlassene Silberbarre in einen Pokal verwandelt war, oder ob aus dem legierten Tuch ein Kleid angefertigt wurde. In ein und demselben Zusammenhang nimmt also der klassische Jurist bald ein Übergewicht des Stoffes über die Form, bald das Umgekehrte an. Ja die Umgestaltung des Stoffes kann sich mehrfach wiederholen und bleibt trotzdem ohne Einflufs — durante scilicet voluntate testatoris.[579]

Das ist alles sehr begreiflich. Fremde Ansprüche durch Eintritt eines neuen Rechtssubjekts sind hier ausgeschlossen. Auch vor ihrer Umgestaltung hat sich mit der vermachten Sache kein neues Recht verbunden, welches Einflufs auf die Identitätsfrage haben, oder sie überhaupt hervorrufen könnte; deshalb wird die Handlung des Testators nur als Ausdruck seines unabhängigen Willens angesehen. Die Frage allein ist entscheidend, ob der Unterschied zwischen der Sache, wie sie in der letzwilligen Verfügung genannt war, und wie sie jetzt infolge der Handlung des Testators erscheint, als hinreichendes Moment zur Annahme einer Willensänderung gelten kann.[580] Hierin liegt der ganze Schwerpunkt und die Regeln darüber, was eine räsonable Partei wollen mufs, was

nach weiter gefafsten abstrakten Prinzipien ihr zu imputieren wäre, würde leicht durch den im konkreten Fall nachweisbaren Einzelwillen des Testators umgestofsen werden. Das ist der Grund, weshalb nicht nur das römische Recht, sondern auch die modernen Gesetzgebungen hier objektive Interpretationsregeln nicht nur entbehren konnten, sondern es sogar vermieden, letztwillige Verfügungen solchen Beschränkungen zu unterwerfen. Das allgemeine Gesetz sowie die gute Sitte boten für die Prüfung dieses unabhängigen Einzelwillens hinreichende Mittel.[581]

## § 14. Der Sachirrtum in der modernen Litteratur.[582]

Bevor wir uns der modernen Gesetzgebung und ihren Grundlagen zuwenden, empfiehlt sich eine möglichst eingehende Umschau über die in der Litteratur vertretenen Ansichten.

Wir haben es bisher geflissentlich vermieden, die vielfach scharfsinnigen und bedeutenden Erörterungen neuerer Schriftsteller zu berühren. Unsere Darstellung der römischen Theorien weicht so sehr von allen bisherigen Interpretationen ab, dafs wir durch eine vielseitige und aufmerksame Polemik jede Konstruktion verdunkelt und entstellt hätten. Obgleich alles, was bisher über den error in corpore, in substantia und in qualitate geschrieben wurde, die Lehren des römischen Rechts unsicher und schwankend wiedergiebt, so enthalten zahlreiche Abhandlungen für den modernen Juristen und Gesetzgeber doch sehr fruchtbare Gedanken. Sie können daher dort nicht übergangen werden, wo eine Untersuchung der Frage vom Standpunkt des heutigen Rechts geplant wird.

Besonderes Interesse bietet die Darstellung Bechmanns.[583] Obgleich er sich entschieden dagegen sträubt, irgend welchen

Einflufs philosophischer Maximen auf die Entwickelung der Lehre vom Irrtum zuzugestehen, so kommt seine Scheidung der „wesentlichen Identitäts-“ und der „unwesentlichen Beschaffenheitsmerkmale“ den stoischen Kategorien der οὐσία und ποιότης doch sehr nahe. Ohne nach der philosophischen Quelle zu forschen, ja indem er sogar ihr Dasein leugnet, hat Bechmann dennoch das Wesen der in Justinians Kodifikation herrschenden stoischen Meinung unwillkürlich richtig erkannt. Ja er betont sogar mit Nachdruck, dafs es kein Fortschritt sei, wenn „neuere Darstellungen die Identitäts- und Beschaffenheitsmerkmale als gleichartig zu behandeln fortfahren“.[584] Durch besondere Garantieversprechen, meint er ferner, können zwar an sich irrelevante Beschaffenheitsmerkmale zu wesentlichen Bestandteilen des Vertrages erhoben werden, doch kann auch die Rechtsordnung gewisse Beschaffenheitsmerkmale als condiciones in praesens collatae interpretieren, sofern nicht eine entgegengesetzte Parteiabsicht erkennbar ist, und hierauf reduziere sich thatsächlich die über Gebühr aufgebauschte Lehre vom error in substantia.[585] Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts beruhe dabei gar nicht auf dem Irrtum als solchem und einer besonderen Beschaffenheit desselben, sondern auf der Defizienz jener condicio in praesens collata. Hieraus folge dann weiter, dafs es von ausdrücklichen Garantiezusagen, die sich natürlich auf alles, ja auf die unwesentlichsten Beschaffenheitsmerkmale erstrecken können, abgesehen, hauptsächlich darauf ankomme, was die Rechtsordnung als stillschweigende Bedingung interpretiere. Und von diesem Gesichtspunkt aus versucht Bechmann, wie er selbst sagt, „in rein empirischer Weise“ das ganze Gebiet derjenigen Sachkörper zu klassifizieren, welche als Objekte von Rechtsgeschäften in Frage kommen.

Bei Grundstücken werde als wesentliches Merkmal die ökonomische Beschaffenheit und Verwendung hervorgehoben und von der Rechtsordnung als Bedingung interpretiert. Flüssigkeiten und Rohstoffe sollen sich voneinander gerade durch die Materie unterscheiden; es gebe bei ihnen kein allgemeineres Unterscheidungsmerkmal wie dieses, während Immobilien — das Haus, der Bauplatz, die Ölpflanzung und der wüste Platz — sich nicht durch den Stoff, sondern auf andere Weise unterscheiden. Aber wie hier, so auch dort könne die Rechtsordnung auf Grund der durchschnittlichen Erfahrung die Übereinstimmung zwischen der vorgestellten und der wirklichen Beschaffenheit als Bedingung interpretieren. In diesem Sinne sei L. 9. § 2. Dig. 18. 1 zu verstehen.

Bewegliche Sachen, die verarbeitet sind, unterscheiden sich voneinander durch die Form, aber daneben auch durch den Stoff. Das wesentlichste Unterscheidungsmerkmal sei zunächst freilich die Form, doch könne auch der Stoff nicht ganz übersehen werden, und dieses Verhältnis des Stoffes zur Form verursache gewisse Schwierigkeiten. Sehr interessant für unsere Darstellung ist es, dafs Bechmann zur Klärung der Frage die Analogie der Spezifikation heranzieht. Er glaubt wahrzunehmen, dafs die Quellen bald der Form, bald dem Stoff den Vorzug geben, je nachdem letzterer beliebig in eine andere Form gebracht werden kann oder nicht. So überwiege beim Tisch von Citronenholz die Form, bei Metallsachen der Stoff. Deshalb sei der Verkauf eines Tisches, von welchem man fälschlich glaubte, er sei aus Citronenholz angefertigt, giltig, der Verkauf aber einer bleiernen Sache, die man irrtümlich für Silber hielt, nichtig.

Die Scheidung der Identitäts- und Beschaffenheitsmerkmale sowie die Analogie mit der Spezifikationslehre hat Bech-

mann in den Erörterungen der klassischen Juristen sehr richtig herausgefühlt. Indessen, da er den philosophischen Stützpunkt grundsätzlich ablehnt, so mufs er selbstverständlich auf jede Einheit in seiner Behandlung der Frage verzichten.

Aber auch die gewifs beachtenswerte Scheidung von Identitäts- und Beschaffenheitsmerkmalen verliert bei Bechmann, wenn wir ihn recht verstehen, jede Bedeutung, da von ihm der Schwerpunkt doch darauf gelegt wird, ob das fragliche Merkmal der Sache durch besondere Zusage oder kraft stillschweigender, durch Rechtsvorschrift festgesetzter Bedingung als wesentlich hingestellt wurde oder nicht. Was aber die Rechtsordnung als stillschweigende Bedingung festsetzt, ist trotz Bechmanns Darstellung kaum mit Sicherheit zu ermitteln, ja es wird von ihm selbst auf ein einheitliches Kriterium geradezu verzichtet: bald soll die ökonomische Bestimmung mafsgebend sein, bald schlechthin der Stoff, bald die Form oder gar die Benennung.[586] Im letzten Falle kommt es dann nur auf reine Wortinterpretation hinaus, die sich möglicherweise sehr weit vom Wesen des fraglichen Rechtsgeschäfts entfernen kann und jedenfalls weder dem Richter eine feste Handhabe noch dem Verkehr Rechtssicherheit verspricht.

Schliefslich ergiebt auch das Quellenmaterial trotz mancherlei Zwang, den Bechmann ihm anthut, unter seiner Bearbeitung kein einheitliches Resultat. Im Gegenteil, die kasuistische Zersplitterung wird gesteigert und die Zahl der verschiedenen Gesichtspunkte vermehrt. So kann z. B. Bechmann darin nicht beigestimmt werden, dafs die viel umstrittene L. 9. § 2. Dig. de contr. empt. 18. 1 nur von Rohstoffen handele. Es unterliegt keinem Zweifel, dafs von den Pandektenjuristen die einfache Bezeichnung des Metalls — aurum, argentum —

sowohl in Bezug auf verarbeitetes als auch auf unverarbeitetes Material angewandt wurde.[587] Die Betonung des Gegensatzes von corpus und substantia läfst uns vielmehr vermuten, dafs es sich in der citierten Stelle weit eher um verarbeitete Stoffe handeln dürfte. Übrigens spielt, wie wir jetzt wissen, jene Unterscheidung in unserer Frage überhaupt keine Rolle, eine ungleiche Behandlung des Rohstoffes und der verarbeiteten Sache seitens der römischen Juristen ist in den Quellen nicht hervorgehoben und läfst sich in der Lehre vom Irrtum jedenfalls nicht nachweisen. Ebensowenig besteht eine Analogie zwischen dem Verhältnis von Stoff und Form in diesem Zusammenhang und der media sententia bei der Spezifikationslehre. Denn dort kam alles darauf an, ob *οὐσία* und *ἕξις* ohne Vernichtung der ersteren voneinander getrennt werden können, und ob somit alle Rechte an der substantia fortbestehen oder nicht. Bei der Identitätsfrage dagegen wäre dieser Gesichtspunkt ganz ohne Bedeutung, da mit dem Sachindividuum, welches Objekt des Rechtsgeschäfts ist, keine Veränderungen vorgenommen worden sind, oder vorgenommen werden sollen, vielmehr alles davon abhängt, ob hinsichtlich des Gegenstandes, wie er ist, eine Willenseinigung der Parteien stattfand oder nicht. Natürlich decken sich auch die Beispiele der Quellen nicht mit Bechmanns Klassifizierung. Nach seiner Ansicht hebt der Irrtum über die Holzgattung, aus welcher eine Sache, z. B. ein Tisch, angefertigt ist, das Rechtsgeschäft nicht auf, weil „die Form den Stoff überwiege und der Stoff in der Form auf- und untergehe“. Ganz unverständlich ist es demnach, weshalb der Verkauf eines mit Silber plattierten Holz- oder Metalltisches — mensa argento cooperta — welcher irrtümlich für massiv silbern gehalten wurde, nichtig sein soll?[588] In welcher Beziehung ist hier die Form dem Stoff

untergeordnet? Auch in diesem Fall wurde ein Tisch verkauft und kein Klumpen Silber, und welche Bedeutung hat denn überhaupt die Bildsamkeit des Stoffes für die Identität der Sache? Weder eine allgemeine Naturanschauung noch das Bedürfnis des Verkehrs gewinnen etwas bei einer solchen Scheidung.

Trotz unserer Einwände behalten die Untersuchungen Bechmanns einen hohen Wert vor allem durch ihr feines Verständnis für die verschiedenen Gedankenströmungen in der klassischen Jurisprudenz. Ohne den philosophischen Schlüssel zu benutzen, ist es Bechmann doch gelungen, manche Kategorien blofs aus den juristischen Fragmenten richtig herauszuinterpretieren.

In diesem Feingefühl steht ihm Savigny am nächsten.[589] Die grundlegenden und bahnbrechenden Forschungen Savignys in der Lehre vom Irrtum sind allgemein anerkannt. Indessen ebenso allgemein sind die Zweifel und Widersprüche, welche seine Behandlung des error in corpore, substantia und qualitate hervorrief.[590] Nicht mit Unrecht hat man seiner Darstellung den Vorwurf gemacht, dafs sie den Lehren der römischen Jurisprudenz nicht entspreche. Über ihre Brauchbarkeit de lege ferenda sind die Ansichten geteilt.

Vom error in corpore, der das Rechtsgeschäft schlechthin nichtig mache, unterscheidet Savigny den error in substantia, d. h. den Irrtum über Eigenschaften, welcher auch mit dem error in qualitate identisch sei. In dieser Klassifizierung, die keinerlei Rücksicht auf die antike Naturphilosophie und ihre Terminologie nimmt, liegt der Grundfehler von Savignys Darstellung.

Den error in substantia oder Irrtum über Eigenschaften bezeichnet er als wesentlich, „wenn durch die irrig voraus-

gesetzte Eigenschaft, nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen, die Sache zu einer andern Art von Sachen gerechnet werden müſste, als wozu sie wirklich gehört".[591] Die Verschiedenheit des Stoffes, fährt Savigny fort, ist dazu weder notwendig noch stets hinreichend, und der Ausdruck error in substantia ist daher keine angemessene Bezeichnung. Aber die römischen Juristen haben unter dem error in substantia niemals einen Irrtum über Eigenschaften verstanden, und es ist nicht ihre Schuld, wenn ihnen solche „unangemessene Kunstausdrücke" durch unsere Miſsverständnisse zugeschrieben werden.

So unsicher Savignys Klassifizierung ist, so leicht sie sich willkürlich verengern oder erweitern läſst, will es dennoch nicht gelingen, die Kasuistik der Quellen ihr einzuordnen.

Nach den Anschauungen „des wirklichen Verkehrs" wird Weinessig doch jedenfalls als Essig und nicht als Wein behandelt, trotzdem gilt dem römischen Juristen der Verkauf von Weinessig statt Wein als ein unumstöſsliches Rechtsgeschäft. Irrtum über das Geschlecht des verkauften Sklaven ist in den Augen der klassischen Rechtslehrer ein wesentlicher Irrtum, während, wie Savigny selbst zugiebt, sich die Stellung des Verkehrs zu dieser Frage überhaupt nicht bestimmen läſst, da der error in sexu hier bald von der gröſsten Bedeutung, bald ganz ohne Belang sein kann.[592] Ob sich der Verkehr bei Gold- und Silbersachen der Güte und Feinheit des Metalls gegenüber absolut gleichgiltig verhält, erscheint mindestens als sehr zweifelhaft. In manchen Staaten bestehen sog. öffentliche Probieranstalten, um das Publikum vor jedem Irrtum hinsichtlich des sog. Feingehalts zu sichern. Wozu diese beengende Kontrolle, wenn nicht der Güterumsatz gerade bei Edelmetallen den allergröſsten Wert auf

ihren Gehalt und ihre Reinheit legte. Da aber die römischen Juristen trotzdem den Irrtum über die Zusammensetzung des Edelmetalls für unwesentlich erklären, wenn nur ein, sei es auch noch so geringer, Feingehalt beigemischt war, so müssen sie jedenfalls hier etwas anderes im Auge gehabt haben, als die Forderungen des Verkehrs. Auch die Schätzung der verschiedenen Holzgattungen im Handel und Gewerbe ist eine sehr schwankende. Beim zunehmenden Luxus der späteren Republik und der Kaiserzeit galten namentlich aus Citrusholz angefertigte Gegenstände im Verkehr als ganz besonders gesucht und erzielten fabelhafte Preise. Diese Thatsache ist hinreichend bekannt. Cicero besafs einen Citrustisch im Werte von 500000 Sesterzen (87705 Mark)[593] und Savigny selbst citiert Plinius, nach welchem ein Tisch aus demselben Material mit 1400000 Sesterzen oder 70000 Thalern bezahlt wurde.[594] Einer solchen Nachfrage gegenüber kann der Verkehr nicht gleichgiltig sein, da gerade er und seine Bedürfnisse diese aufserordentliche Wertbestimmung bedingen. Und dennoch wird ein Irrtum über die Holzart, und wäre es selbst Citrusholz, von den römischen Juristen für unwesentlich erklärt.[595] Es ist klar, dafs sie sich bei dieser und andern Entscheidungen jedenfalls nicht von „Begriffen des wirklichen Verkehrs" haben leiten lassen.

Der L. 21. § 2. Dig. 19. 1, welche vom irrtümlichen Ankauf eines Tisches aus Citrusholz spricht, hat Savigny eine besondere Zusage des Verkäufers untergeschoben.[596] Davon steht in dieser Stelle nichts und mit genau demselben Recht liefse sich eine solche besondere Garantie auch in allen anderen Beispielen der Quellen für den Objektsirrtum voraussetzen. Goldsachen z. B. pflegt man nicht zu verkaufen ohne ganz bestimmte Angaben über ihren Feingehalt. Die Digesten

erwähnen auch sonst noch wiederholt den Irrtum blofs des einen Kontrahenten. Savigny selbst gesteht zu,[597] dafs Ulpian und Paulus in L. L. 9—12. Dig. de contr. empt. 18. 1 nur eine falsche Vorstellung des Käufers im Auge hatten, denn erst L. 14. eod. hebt mit den Worten an: „Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent?“ Es läge daher viel näher im Thatbestand der L. L. 9—12 cit. eine besondere Zusage oder gar Täuschung von Seiten des Verkäufers zu vermuten, als in den beiden von Savigny ergänzten Fragmenten — L. 45. Dig. de contr. empt. 18. 1 und L. 21. § 2. Dig. de act. empt. vend. 19. 1 —; gerade diese Stellen setzen nach ihrem Inhalt einen beiderseitigen Irrtum voraus. Mit Recht fragen wir daher, weshalb die in L. 9 u. ff. Dig. 18. 1 angeführten Verträge infolge des error in substantia für nichtig erklärt, werden, während die in L. 45 und L. 21. § 2. cit. besprochenen Rechtsgeschäfte bestehen bleiben?[598] Also selbst wenn wir der Quellenkasuistik willkürlich besondere Versprechen oder gar Betrug des Verkäufers unterschieben, so kommen wir doch um keinen Schritt weiter; eine feste Regel für das Verhältnis des Sachirrtums zum Vertrage ist damit nicht erzielt.

Sowohl Bechmann als auch Savigny haben den Sachirrtum im Rechtsgeschäft nach objektiven Kriterien bemessen. Jeder von ihnen hat in seiner Weise eine von subjektiven Willenszuständen und psychologischen Nüancen unabhängige Grundlage für die Regelung unserer Frage zu gewinnen gesucht. Und hierin stimmen sie mit den klassischen Rechtslehrern überein. Während indessen Bechmann manche römische Eigentümlichkeiten richtig durchgefühlt hat, trug Savigny einen neuen, der antiken Welt in seiner Formulierung fremden Gedanken in die Quellen hinein. Die klassische Terminologie fügte sich nicht in seinen Ideenkreis, sie wurde deshalb von

ihm umgewandelt. Diese Willkür allein mufste auf den ersten Blick Zweifel und Bedenken hervorrufen. Mit Recht bemerkt Zitelmann,[599] Savigny habe die Prinzipien Ulpians nicht interpretiert, sondern korrigiert. Nirgends ist der vieldeutige und schwierige Begriff „Interesse des Verkehrs“ mit gröfserer Vorsicht zu behandeln, als in den römischen Quellen. Die Anforderungen des Lebens, wie es die klassischen Juristen kannten, die Ziele und die Beschaffenheit der sozialen Beziehungen hatten wenig gemein mit den Anschauungen und Bestrebungen der modernen Welt. Weit verständlicher werden uns die Alten da, wo sie an die uns sonst bekannten Geistesströmungen der antiken Kultur anknüpfen. Gerade wenn sie mit ihrer glänzenden Logik und Psychologie die spezifisch juristischen Gedankenreihen entwickeln, sind sie in ihrer ewigen Menschlichkeit auch unserem Urteil zugänglich und das hat uns Savigny selbst in hervorragender Weise bestätigt. Da er sich aber bei Bestimmung des Verkehrsinteresses auf die klassischen Rechtslehrer stützen will, so erhalten die Klassifikationsfaktoren, welche er behufs Erläuterung des Begriffs statuiert, einen schwankenden und unsicheren Charakter. Herstellung der Sache in einem und demselben Betriebe, Wertbestimmung des Stoffes nach der Zerstörung der Spezies, Zugehörigkeit zu einer bestimmten Warenart und dergl. zufällige oft wechselnde Erscheinungen des Lebens sind keine Handhabe für eine objektive, normale Bestimmung des Willens im Rechtsgeschäft. Ob aber und inwieweit das Verkehrsinteresse die wichtigste, vielleicht die einzige Richtschnur für den modernen Rechtsforscher und Gesetzgeber in der Behandlung des Irrtums bilden könnte, das ist eine Frage, die jedenfalls nur unabhängig von antiken Gesichtspunkten und Streitfragen untersucht und entschieden werden mufs.

Was hier von der Methode Savignys gesagt wurde, kann ohne Einschränkungen auch auf die Untersuchungen Leonhards ausgedehnt werden.[600] Auch sein Verfahren trägt den Charakter einer Korrektur der römischen Quellen, die Interpretation tritt in den Hintergrund. Zwar wird möglichste Harmonie der eigenen Theorie des Verfassers mit den Lehren der klassischen Juristen erstrebt, seine Anschauungen gehen aber meist von modernen Gesichtspunkten aus und sind in diesem Sinne durchdacht. Ohne Zweifel haben sie sehr wertvolles Material und fruchtbare Gedanken zu Tage gefördert, auf eine unbefangene Erkenntnis des Quellenstoffes werden wir aber bei diesem Verfahren verzichten müssen.

Wie schon manche Schriftsteller vor ihm, macht auch Leonhard keinen Unterschied zwischen substantia und qualitas. Die Bedeutung des Wortes substantia sei sehr zweifelhaft. Bald werde es „mit qualitas, bald mit *οὐσία*, bald mit materia, bald auch mit qualitas essentialis identifiziert“.[601] Demnach unterscheidet Leonhard von einem error in re und in genere bloſs noch den error in qualitate. Letzterer müsse möglichst weit gefaſst werden und erstrecke sich dementsprechend auf die Summe aller Eigenschaften, d. h. nach dem treffenden Ausdruck Zitelmanns „auf alles, was von der Sache ausgesagt werden kann“. Neben diesem error in qualitate könne man noch einen sog. error circa qualitatem beobachten. Bei ihm kämen indessen „nur solche Voraussetzungen von Eigenschaften in Betracht, auf welche es dem Irrenden bei dem Vertragsschluſs gar nicht ankam, und welche daher rechtlich völlig gleichgültig sind. So z. B. wenn ich glaube, daſs eine von mir gekaufte Holzkiste aus einer anderen gewöhnlichen Holzart besteht, als es thatsächlich der Fall ist, während es mir offenbar auf diesen Unterschied nicht ankommt“. Allein

selbst der error in qualitate müsse, wie Leonhard meint, jedenfalls unberücksichtigt bleiben, „wenn nicht in der Abrede ausdrücklich oder stillschweigend davon die Rede war, dafs die Qualität prästiert werden solle".[602] Mit dieser Forderung kommt Leonhard, wie wir sehen, der Klassifizierung Bechmanns sehr nahe. Auch er legt schliefslich das Schwergewicht entweder auf die bestimmte Zusage gewisser Eigenschaften oder auf ihre Festsetzung durch eine stillschweigende, also doch wohl durch Rechtsvorschrift normierte, Bedingung.

Nach diesen beiden Gesichtspunkten gliedert Leonhard den error in qualitate folgendermafsen: „Die Eigenschaft, hinsichtlich deren die Parteien dissentieren, kann zugleich diejenige sein, nach welcher das Geschäftsobjekt überhaupt als Individuum auffindbar gemacht worden ist. In solchem Falle zieht der error qualitatis notwendigerweise einen (wesentlichen) error in re nach sich".[603]

Sodann kann es geschehen, dafs die fraglichen Eigenschaften zwar den eben angegebenen Charakter nicht haben, jedoch trotzdem als dicta promissa prästiert werden müssen. Schliefslich ist es möglich, dafs Eigenschaften gar nicht verabredet, aber dennoch gewöhnlich vorausgesetzt werden und in diesem Zusammenhang seien insbesondere die ädilizischen Klagen wichtig.

Von den hier angeführten drei Gruppen des wesentlichen Irrtums über Eigenschaften unterscheidet Leonhard noch zwei Fälle des unwesentlichen error in qualitate. Einmal kann die Eigenschaft in zweckloser Weise als epitheton ornans genannt sein, und sodann können solche Eigenschaften in Frage kommen, „welche nicht verabredet sind, auch bei Abreden der vorliegenden Art nicht gewöhnlich vorausgesetzt werden, sondern blofs von dem konkreten Kontrahenten irrtümlicher

Weise vorausgesetzt und für ihn bestimmt waren.“ Mit Ausschlufs des Falles, wo Betrug des einen Kontrahenten vorlag, ist „der Irrtum über solche Eigenschaften selbst dann unerheblich, wenn sie nach der Verkehrsansicht wesentliche sind.“[604]

Dieser Klassifizierung sucht Leonhard die Kasuistik der Quellen anzupassen. In L. 9. § 2. Dig. 18. 1. z. B. vertrete Marcellus noch die alte rigorose Verkehrsanschauung, welche nur Gelegenheitskäufe und den Hausierhandel kannte. Ulpians Auffassung dagegen könne nur so erklärt werden, dafs *οὐσία* mit „genus in contractu nominatum“ zu übersetzen sei. Es handle sich daher um ein ausdrücklich vereinbartes genus und da dieses nicht geleistet wurde, so soll auch der Vertrag nicht gültig sein. Die weitere Quelleninterpretation Leonhards läfst sich darauf zurückführen, dafs er in diejenigen Fälle, wo die römischen Juristen trotz Irrtums Gültigkeit des Geschäftes annehmen, eine besondere Zusage hineinzulegen sucht, während er überall da eine stillschweigende Bedingung voraussetzt, wo infolge des Irrtums Nichtigkeit eintritt.[605]

Dafs die klassischen Rechtslehrer von dieser Willensinterpretation nicht ausgegangen sind, haben wir bereits gesehen. Die Kontroversen der römischen Juristen, alle Schwierigkeiten, welche ihre Wissenschaft in unserer Frage fand, wären überhaupt gar nicht zu begreifen, wenn wir dem ganzen Material eine so überaus einfache Klassifizierung zu Grunde legen wollten. Überdies ist uns Leonhard auch noch den Beweis dafür schuldig geblieben, weshalb der Irrtum über stillschweigend vorausgesetzte Eigenschaften durchaus zur Vernichtung des Rechtsgeschäfts führen mufs. Das ädilizische Edikt, auf dessen Analogie er hinweist, hat bekanntlich keineswegs die Nichtigkeit als einzige und unausbleibliche

Folge festgesetzt, sondern auch andere Eventualitäten ins Auge gefafst.

Zum Schlufs sucht und findet auch Leonhard im Verkehr das allein mafsgebende Kriterium, mit dessen Hilfe wir die Eigenschaften als dicta promissa von den stillschweigenden Geschäftsbedingungen unterscheiden. Wir werden also wiederum auf das schwankende Gebiet zufälliger Lebenserscheinungen verwiesen. Abermals stehen wir vor der offenen Frage, was ist der Verkehr und wie bestimmen wir ihn? Ob vielleicht für unser heutiges Recht etwas durch Benutzung dieser Grundlage zu gewinnen ist, mag späterhin besonders geprüft werden, dem Verständnis der römischen Lehren kommen wir hierdurch nicht näher.

Leonhards Untersuchungen beschränken sich nich nur auf den Objektsirrtum. Sie erstrecken sich auf die gesamte Lehre vom Irrtum in Rechtsgeschäften überhaupt. Obgleich seine Ergebnisse in unserer Spezialfrage mit den römischen Quellen nicht vereinigt werden können, so sind wir doch sehr weit davon entfernt, unseren Widerspruch auf die übrigen Teile seiner stets nach Gebühr gewürdigten Arbeit auszudehnen. Die Behandlung des error in re seitens der klassischen Juristen ist eine so eigenartige, durch den Gegenstand selbst bedingte, dafs, wie wir wohl annehmen dürfen, die anderen Gebiete der Willensäufserung und Willenseinigung nicht nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen sind und daher schwerlich von unseren Gesichtspunkten berührt werden.

Wie Leonhard hat auch Zitelmann den Einflufs des Irrtums auf Rechtsgeschäfte im Ganzen untersucht.[606] Als Fundament seiner umfassenden Arbeit bezeichnet er selbst „die psychologische Analyse des Handlungsprozesses".[607] Dieser Devise ist er treu geblieben bis zum Schlufs, und darin liegt

ein grofses Verdienst seiner achtunggebietenden Forschungen. Schon der von ihm bezeichnete Ausgangspunkt erfordert eine Fülle scharfer Beobachtungen, tiefen Studiums der Quellen, aufmerksamer und umfassender Erwägung aller möglichen Lebensverhältnisse und Erscheinungen. Allein gerade die Konsequenz und Geistesenergie, mit welcher Zitelmann seine Richtung verfolgt, zeigt uns aufs neue, dafs hier die subjektive Willensanalyse nicht das allein mafsgebende Moment sein kann und dafs wir selbst bei genauester Kenntnis und Beobachtung aller Willensnüancen keine sichere Handhabe zu einheitlicher Beurteilung der Irrtumsfrage gewinnen. Denn hart im Raume stofsen sich die Sachen, an ihrer Macht zerschellt auch die Wirkung des subjektiven Willens in seiner ursprünglichen psychologischen Reinheit. Die Tücke des Objekts beschränkt ihn und deshalb ist man im Rechtsleben von jeher bemüht gewesen möglichst absolute Kriterien aufzufinden, die den schwankenden, schwer zu fixierenden Sonderwillen gewissen allgemeinen Klassifikationsfaktoren unterordneten.

Besonders unzureichend wirkt die einseitige Willensanalyse bei Beurteilung des Sachirrtums. Und in der That giebt es kaum einen Schriftsteller, welcher unseren Widerspruch in dem Mafse herausforderte, wie Zitelmann. Nicht im psychischen Zustand des Irrenden suchten die klassischen Juristen die Lösung in der Beurteilung des Sachirrtums, sondern im Zustande der objektiven Welt, über den sie durch ihre Naturphilosophie die nötige Aufklärung erhielten.

Obgleich Zitelmann in zutreffender Weise das Gebiet, in welchem der „Irrtum über die Identität“ und „über Eigenschaften“ eine Rolle spielen könnte, auf das Kaufgeschäft beschränkt, so hat er es doch unterlassen, darauf hinzuweisen, dafs

kontrakt mafsgebend gewesen ist.[608] Jener Irrtum ist nach Zitelmanns „psychologischer Analyse“ ein Irrtum im Motive, welcher auf den Bestand des Rechtsgeschäfts unter gar keinen Umständen von Einflufs sein kann.[609] Für diese Behauptung sucht Zitelmann in den Quellen nach Belegen. Die formalen Verträge und Realkontrakte scheinen seine Voraussetzung in der That zu rechtfertigen, indessen bei den Konsensualverträgen stöfst er auf widersprechende Erscheinungen und es beginnt nun eine Reihe von Gewaltakten den Quellen gegenüber, durch welche alle Hindernisse aus dem Wege geräumt werden sollen. Die Lehre des Labeo und Marcellus über die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts trotz error in substantia soll die allgemein römische, von Justinian rezipierte gewesen sein, während die entgegengesetzte Meinung sich als eine Sonderansicht Ulpians herausstelle, der sich hier im Widerspruch zu sämmtlichen anderen Juristen und zum Entwickelungsgang der ganzen Frage befinde.[610] Insbesondere verletze er damit „das grofse und durchgreifende Prinzip des römischen Rechts, demzufolge ein Rechtsgeschäft nicht durch das Motiv seiner Errichtung nichtig sein könne“.[611] Ulpian verwechsele in seiner οὐσία-Theorie zweierlei: „Die Eigenschaft bestimmt das abstrakte Wesen der Sache, ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten Art von Sachen, aber nicht die Identität der konkreten Sache mit sich selbst; der Irrtum über eine solche Eigenschaft kann daher wohl die Identität der abstrakten Sachenkategorie, zu der ich diese Sache rechne, mit derjenigen, zu der diese Sache gehört, aufheben, läfst aber die Identität dieser konkreten Sache mit sich selbst völlig unberührt, und nur hierauf kommt es an.“[612]

Diese Ausführungen stehen natürlich im Widerpruch mit der stoischen Denkweise nicht nur Ulpians, sondern auch anderer

klassischer Juristen. Nicht Eigenschaften kommen hier in Frage, die bestimmte Gattungen von Sachen charakterisieren und abgrenzen, sondern um Kategorien handelt es sich, welche die Entstehung und Existenz jedes Sachindividuums bedingen. Die *οὐσία* ist den Stoikern den *ἕξεις* gegenüber die mafsgebende Kategorie und wer in einer konkreten Individualsache die *οὐσία* nicht will, der will auch die ganze Sache nicht. Die *οὐσία* läfst also nicht nur „die Identität der konkreten Sache mit sich selbst“ nicht unberührt, sie ist geradezu für die Identitätsfrage entscheidend. Im übrigen ist auch Ulpians *οὐσία*-Theorie durchaus nicht seine Sonderansicht, vielmehr die unter den neueren klassischen Juristen herrschende und von Justinian rezipierte Meinung. Die all' zu offensichtliche Übereinstimmung zwischen Ulpian und Paulus sucht Zitelmann dadurch fortzuschaffen, dafs er, wie auch manche andere, den auf philosophischer Unkenntnis beruhenden Fehler begeht, substantia und qualitas oder *οὐσία* und *ποιότης* zu indentifizieren.[613] Legt man diese, natürlich falsche, Voraussetzung und Verwechslung stoischer Kategorien zu Grunde, dann freilich gewinnt es den Anschein, als habe eine Meinungsverschiedenheit zwischen beiden Rechtslehrern bestanden. Denn Ulpian erklärt das Geschäft im Falle des error in substantia für nichtig, Paulus erhält es trotz error in qualitate aufrecht. Ein angeblich gleichartiger Irrtum hätte hiernach in beiden Fällen verschiedene Wirkungen.

Weil ferner Ulpian mit seiner Privatansicht durchaus isoliert werden soll, so sieht sich Zitelmann veranlafst gegen den richtigen und fein durchgeführten Gedanken Savignys zu polemisieren, wonach es sich in der Lehre vom Identitätsirrtum um eine historische Entwickelung der Quellen handle.[614] Wie wäre eine solche Annahme auch zulässig, da doch dem

Ulpian vorgeblich schon seine Zeitgenossen z. B. Paulus widersprechen? Im allgemeinen läfst sich kaum annehmen, dafs gerade diese Ausführungen Zitelmanns auf seine Leser einen überzeugenden Eindruck machen werden. Sie stofsen in der Quelleninterpretation auf zu viel Hindernisse und Schwierigkeiten.[615] Ja selbst im Falle ihres Gelingens bliebe uns der Verfasser eine Erklärung für die mehr als absonderliche Erscheinung schuldig, weshalb wohl die Kompilatoren solchen falschen und alleinstehenden Privatansichten, wie derjenigen Ulpians, einen so breiten Raum in ihrer Kodifikation zumafsen und dadurch unnötige Widersprüche in das Gesetzbuch hineintrugen.

Wir enthalten uns natürlich jedes Urteils darüber, welche Bedeutung Zitelmanns „psychologische Analyse des Handlungsprozesses“ für die Bearbeitung der Lehre vom Irrtum in Rechtsgeschäften im allgemeinen haben könnte. Ebenso ist der Irrtum im Beweggrunde ein Begriff, der für den Rechtsverkehr gewifs von Belang sein dürfte. Ob ihm freilich der weite Spielraum zukommt, welchen ihm Zitelmann anweist, das ist eine feine Frage, die vom Standpunkt der modernen Gesetzgebung aus ohne Zweifel untersucht werden mufs, für die römischen Quellen war sie schwerlich von Bedeutung.

Eine besondere Monographie hat dem error in substantia Pfersche[616] gewidmet. Auch er bestreitet, dafs die klassischen Rechtslehrer sich in der Irrtumslehre von Erwägungen prinzipieller Natur hätten leiten lassen.[617] Auch nach seiner Ansicht ist der error in substantia ein Irrtum im Beweggrunde und als solcher dem error in corpore nicht gleich zu stellen. Wenn aber trotzdem die Römer gelegentlich von dieser Ansicht abgewichen seien, so hätten sie das absichtlich und lediglich aus praktischen Rücksichten gethan. Es wäre ihnen

nämlich vor allem darauf angekommen, den Zwecken, welche das ädilizische Edikt verfolgte, weitere Ausdehnung zu geben. Denn derselbe Gedanke, welcher zur Haftung für Mängel führt, fordere auch die Haftung für mangelnde Vorzüge; eine solche Haftung habe das römische Recht, wie Pfersche nachzuweisen sucht, auch teilweise anerkannt und durch die actio empti realisiert. Eine Abweichung von dieser Regel scheine blofs dort vorzuliegen, wo ein Kauf wegen error in substantia für nichtig erklärt wird. Indessen werde hier das gleiche praktische Interesse nicht durch eine actio empti, sondern mit Hilfe einer condictio pretii geschützt.[618]

„Die Frage nach der Nullität wegen error in substantia sei daher nur eine Frage nach der Art der anzuwendenden Klage, welcher eine materiellrechtliche Bedeutung nicht zukomme.“[619]

Die scheinbaren Abstraktionen Ulpians sowie seine eigentümliche Fremdwörterterminologie „*οὐσία*“ hätten nur dazu gedient ein allgemeines, objektives Unterscheidungsmerkmal für die Nullität aufzustellen. Unter *οὐσία* sei dasjenige gemeint, was die Neueren als „Wesenheit“ bezeichnen. „Deshalb würde Ulpians Gedanke dahin gehen: Nullität mufs eintreten, wenn der irrig angenommene und der wahre Zustand sprachlich nicht durch verschiedene Adjektive, sondern durch verschiedene Substantive zu bezeichnen ist.“[620]

Eine Scheidung zwischen der Haftung auf Grund des ädilizischen Edikts und jener Haftung für besondere Vorzüge, welche durch die actio empti oder durch Erkenntnis auf Nullität resp. condictio pretii gesichert wurde, war, wie Pfersche meint, eigentlich schon im Justinianischen Recht weggefallen.[621] Unsere moderne Gesetzgebung habe deshalb keine Veranlassung, sich mit diesen rein historischen Begriffen zu befassen. Daraus

folge dann notwendig, dafs sämtliche erwähnten Fälle nach Möglichkeit unter diejenigen Rechtsregeln vereinigt werden müssen, welche im fast ganz allgemein rezipierten ädilizischen Edikt zum Ausdruck gelangen. Vor allem dürften Rechtsgeschäfte über individuell bezeichnete Objekte grundsätzlich in ihrer Gültigkeit nicht berührt werden, wenn die Partei blofs über die Qualität des Objekts im Irrtum war. Dagegen sei die Lehre von der Gewährleistung von Eigenschaften der Kaufsache allgemeiner zu fassen. Man habe sie etwa so zu formulieren: „Der Verkäufer haftet für Eigenschaften der Sache, welche er als vom Käufer vorausgesetzt erkannt hat oder erkennen mufste; die Haftung geht nur auf das Interesse, das der Käufer an der Kenntnis des wahren Zustandes hatte, also nach Ermessen des Richters auf Auflösung des Vertrages oder auf entsprechende Minderung des Preises.“[622]

Wir lassen es einstweilen unentschieden, in wie weit für unsere moderne Rechtsentwickelung eine solche Subsumtion aller Irrtumsfälle über Eigenschaften des Objekts unter die Prinzipien des ädilizischen Edikts zu empfehlen ist. Es läfst sich gewifs nicht bestreiten, dafs zwischen beiden Begriffen gewisse äufsere Berührungspunkte vorliegen und von Pfersche auch beobachtet worden sind. Indessen soviel steht fest, dafs in der römischen Rechtsentwickelung sich solche Beziehungen nicht nachweisen lassen. Wir müssen gestehen, wäre dasjenige, was Pfersche als römische Lehre hinstellt, wirklich von den klassischen Juristen und Justinians Kodifikatoren vertreten worden, wir könnten ihr Verfahren nicht scharf genug verurteilen. Man ist es freilich gewohnt, dafs in der neuesten Litteratur diese grofsen Förderer rechtlicher, insbesondere zivilistischer Erkenntnis von demjenigen Postament heruntergezogen werden, welches ihnen die Verehrung und der Dank

von Jahrhunderten errichtete; die direkt und mittelbar ausgesprochenen Vorwürfe Pfersches sind aber von ganz aufserordentlicher Härte. Die Deduktionen, Beispiele und Erörterungen Ulpians sollen nichts weiter sein als Mittel die vom praktischen Gesichtspunkte ausgehenden „Widersprüche gegen die ältere Lehre und gegen Marcellus irgendwie zu formulieren. Um auf die damit verbundenen unbestimmten und schwankenden Vorstellungen hinzuweisen, hätte man sich des Fremdwortes *οὐσία* bedient“.[623]

Also um dasjenige, was er selbst nicht gestalten kann, „irgendwie“ auszudrücken, nimmt der römische Jurist absichtlich zu dunkeln, wenig verständlichen Fremdwörtern seine Zuflucht. Wie würden wir wohl ein solches Verfahren bei modernen Schriftstellern beurteilen, was hätten wir von solcher Halbbildung zu lernen? Die Armut in der Stadt, meine Herren, sagt Fritz Reuters Onkel Bräsig, kommt von der grofsen pauvreté! Das wäre also klassischer Juristenscharfsinn.

Und wenn unsere grofsen Vorbilder auf dem Gebiete juristischer Spekulation sich auf den bedenklichen Pfaden einer von ihnen angeblich nicht verstandenen Metaphysik und Terminologie bewegten, anstatt ihre praktischen Zwecke und Ziele klar und deutlich zu formulieren, was sollen wir dann erst von den Kompilatoren denken, die all' dieses müfsige, fast lächerliche Geschwätz trotz ihrer besseren Einsicht in seine Bedeutungslosigkeit ohne Widerspruch und Einschränkung in ihr Gesetzbuch aufnahmen?

Mit völliger Resignation tritt dem error in substantia der neueste Schriftsteller über diese Frage — Hollander[624] entgegen. Weder substantia, noch materia, noch qualitas seien Bezeichnungen von Begriffen, aus denen sich etwas Selbständiges herleiten liefse. Mit Bechmann und Leonhard nimmt

auch Hollander hier überall eine condicio in praesens collata an, „ohne dafs gerade ausdrücklich der Abschlufs des Vertrages von einer Bedingung abhängig gemacht wäre“.[625] Die Beispiele des sog. error in substantia stellen demnach nichts weiter dar, als einen der unzähligen denkbaren Anwendungsfälle für die stillschweigende Bedingung.[626] Ob nun aber gewisse Beschaffenheitsmerkmale als eine solche condicio in praesens collata zu interpretieren seien, das bestimme nicht, wie Bechmann meint, die Rechtsordnung, sondern der praktische Jurist im konkreten Falle. Es sei deshalb auch durchaus erklärlich, dafs nicht nur die Entscheidungen der einzelnen klassischen Rechtslehrer nicht miteinander im Einklang stehen, sondern dafs auch ein und derselbe Pandektenjurist[627] zu widersprechenden Erkenntnissen gelange.

Wir haben bereits in einem früheren Zusammenhang darauf hingewiesen, dafs die Einführung jener condicio in praesens collata die ganze Frage vom theoretisch-konstruktiven Gesichtspunkt aus ihres Inhaltes beraubt und bis zur Selbstverständlichkeit verflacht. Für die Praxis wird deshalb hierdurch auch gar nichts gewonnen und die Regellosigkeit zum Prinzip proklamiert. Zieht man aus Hollanders Meinung das Resultat, so gelangt man zur grundsätzlichen Negierung jeder leitenden Rechtsregel, wobei dann alles dem freien Ermessen, alias der Willkür des Richters anheimgestellt wird.[628] Soweit aber sind selbst die „genialen römischen Empiriker“[629] niemals gegangen.

---

Wie wir gesehen haben, fehlt es der modernen monographischen Litteratur in unserer Frage an einer sichern, untrüglichen Richtschnur. Es ist daher gar nicht zu verwundern,

wenn unsere einflufsreichsten Pandektenlehrbücher in der Darstellung dieser Seite der Irrtumstheorie die gröfste Vorsicht und Zurückhaltung beobachten. Einen nachhaltigen Einflufs hat eigentlich nur die Ansicht Savignys behauptet, fast über alle anderen Meinungen ist man zur Tagesordnung übergegangen. Savigny haben sich zunächst in der Hauptsache Vangerow[630] und Windscheid[631] angeschlossen.

Eine besonders klare, dem bisherigen Stande der Lehre genau entsprechende Behandlung des error in substantia etc. finden wir in Dernburgs Lehrbuch.[632] Er konstatiert zunächst, dafs die Römer sich in dieser Irrtumsfrage von Rücksichten des Verkehrs jedenfalls nicht haben leiten lassen. Das ist ganz unanfechtbar. Worin das römische Prinzip bestanden habe, läfst Dernburg unentschieden. Es ist das seiner Meinung nach eine offene Frage. Sodann stellt derselbe Verfasser fest, dafs Savignys Theorie, wonach hier die im Verkehr herrschenden Begriffe mafsgebend seien, die moderne Praxis und Gesetzgebung beherrsche.

Von grofsem Interesse ist die Auffassung Regelsbergers.[633] Auch er gelangt zum Schlufs, dafs der Standpunkt des in der Justinianischen Gesetzessammlung niedergelegten Rechtes nicht leicht zu fassen sei. Aber in richtiger Erkenntnis der Sachlage meint er, „dafs die römische Jurisprudenz nach einem objektiven Merkmale steuerte“ und dafs sie fragte, „ob der Gegenstand im Wesen derselbe bleibe, mag die vorgestellte Eigenschaft da sein oder fehlen“.[634]

Freilich identifiziert Regelsberger substantia mit Eigenschaft, was im Sinne der philosophischen Terminologie unrichtig ist, aber dafs qualitas und substantia, wie die meisten neueren Schriftsteller lehren, derselbe Begriff sein sollen, erregt doch sein Bedenken. Mit aller Bestimmtheit wird von

ihm Zitelmanns Auffassung verworfen: die psychologische Frage, ob der Irrtum über Eigenschaften ein Irrtum im Beweggrund oder im Wollen sei, könne für die rechtliche Behandlung keinen entscheidenden Einflufs haben.[635]

In Bezug auf das geltende Recht meint auch Regelsberger, dafs hinsichtlich des Irrtums über Eigenschaften die Auffassungen des Verkehrs als mafsgebend gelten. „Die Gattung- und Artzugehörigkeit, nicht blofs die Güte der Sache" sei bestimmend.

Gegen die Güte der Sache als Kriterium in unserer Frage hat auch Brinz[636] Einsprache erhoben. Im übrigen kennzeichnet seine Ausführungen der Versuch, die Lehre der römischen Juristen oder doch dasjenige, was er als solche ansah, für das heutige Recht zu retten.

Den Schwerpunkt sucht er in der sog. Wesenheit des Gegenstandes. Indessen die Mittel, deren er sich zur Bestimmung jener Wesenheit bedient, sind doch allzu unsicher, da sich Brinz mit einer rein äufserlichen Verwertung der Quellenkasuistik begnügt. Bald soll der Stoff von Bedeutung sein, bald das Geschlecht. Auch die Form könne zur Wesenheit einer Sache gehören, ja sogar das Pertinenzverhältnis und unter gewissen Umständen der Name, insofern durch falsche Benennung der Wille möglicherweise nicht zum Ausdruck gekommen ist. Man kann bei diesem gänzlichen Mangel eines festen Mafsstabes es Brinz schliefslich nachfühlen, dafs er doch Savigny insofern beistimmt, „als er jenes entscheidende Merkmal nicht in den Dingen selbst sucht, sondern sich auf die im wirklichen Verkehr herrschenden Ansichten und Gewohnheiten zurückzieht".[637]

Das Besondere der Theorie von Brinz liegt jedoch darin, dafs er neben dem objektiven Moment der Wesenheit noch ein

subjektives der Kausalität verwendet. Letztere liegt in der Erwägung, dafs der Kontrahent, wenn er den wahren Stand der Sache gekannt hätte, nicht kontrahiert haben würde. „Diese Kausalität soll indessen ein blofser Regulator der Substantialität sein“,[638] eine entscheidende Bedeutung komme ihr jedenfalls nicht zu. Hiernach darf der Irrende höchstens eine wesentliche Eigenschaft für unwesentlich, nicht aber eine an sich oder nach objektiven Kriterien unwesentliche für wesentlich erklären. Letzteres zugeben, hiefse das Rechtsgeschäft und seinen Bestand ganz in das Ermessen des Irrenden stellen. Brinz bedurfte dieser Ergänzung, um für die augenscheinlich widersprechenden Entscheidungen der Quellen eine weitere Begründung zu gewinnen. Seinem objektiven Mafsstab der „Wesenheit“ fügte sich die Kasuistik der klassischen Rechtslehrer nicht.[639]

## § 15. Der Sachirrtum in der modernen Gesetzgebung.

Die Nebeneinanderstellung der römischen Lehren über den Sachirrtum mit ihrer Bearbeitung in der modernen Litteratur hat eine tiefe Kluft zwischen der alten und neueren Auffassung offenbart. Wenn es also den Schriftstellern des gemeinen Rechts, insbesondere im neunzehnten Jahrhundert nicht gelungen ist, die antike Lehre vom Sachirrtum klar zu stellen, so fragt es sich immerhin, ob sich nicht etwa die von ihnen zu Tage geförderten Anschauungen für die Ausgestaltung lebensfähiger Normen im heutigen Sinne verwerten lassen und inwiefern sich die zeitgenössische Gesetzgebung auf jene wissenschaftlichen Vorarbeiten stützt.

Das klassische römische Recht vertritt das Prinzip einer Willensinterpretation nach absoluten Kriterien. Eine ver-

nünftige, dispositionsfähige Partei[610] darf ihren Willen nicht auf Gegenstände richten, die nicht bestehen können oder nicht bestehen. Die Sache, welche die konsentierenden Personen namhaft machen, mufs von beiden Teilen als Objekt des Geschäfts ins Auge gefafst sein und wurde das Ding bestimmt abgegrenzt, so kann im Zweifel wiederum dasjenige unmöglich gewollt sein, was ihr Wesen nicht ausmacht. Dieses Wesen besteht bei den Peripatetikern in der Form, bei den Stoikern im Stoff. Für erstere ist die Individualsache — das corpus — mit der Form identisch, für letztere nur mit der Substanz. Der römische Jurist stand hier auf dem festen Boden seines metaphysischen Systems, an welches er glaubte. Als ein untrüglicher Leitstern führte es ihn durch die Wirrsale einer noch so vielseitigen Kasuistik. Diese „genialen Empiriker“ besafsen unter Umständen doch auch mehr als einen blofsen „Tastsinn“.

Die von uns, wie wir hoffen dürfen, klargestellten römischen Lehren stützen sich auf Weltanschauungen, die wir uns jetzt nicht mehr anzueignen vermögen. Der Grund aber weswegen wir jener Metaphysik entwachsen sind, liegt nicht etwa in den bedeutenden Fortschritten der modernen Naturwissenschaft und ihrer experimentierenden Methode, sondern in der Bereicherung unserer philosophischen Erkenntnis. Der grofse und ewige Gedanke Kants, die Unterscheidung des Dinges an sich von seiner Erscheinung ist ein eherner Bestandteil unseres Geisteslebens geworden. Weder das Ding selbst noch seine Elemente haben für uns die einfache Bedeutung, in welcher sie von den Alten betrachtet und beurteilt wurden. Das Ding, die Materie an sich ist vermöge seiner Abstraktheit etwas unserer konkreten Auffassung Entrücktes, die Idealität ist transzendental, die Realität

empirisch. Die Erscheinung der Dinge aber beruht auf den subjektiven Formen unseres Intellekts, nur mittelst ihrer wird uns der empirische Gegenstand erkennbar. Diese subjektiven Formen des Intellekts aber, welche die Formen und Qualitäten aller Erscheinungen bestimmen, bringen uns grundsätzlich das Wesen der Sache nicht näher und können daher prinzipiell die Bedeutung einer absoluten Richtschnur nicht haben. Damit mufs auch die civilistische Deduktion rechnen und von der „Wesenheit" einer konkreten Sache, die nur in ihrer Beziehung zur Aufsenwelt beurteilt werden soll, darf deshalb gar nicht gesprochen werden.

Das sind in aller Kürze die Gründe, welche uns zwingen, auf die sichere Basis der römischen Denkmethode zu verzichten. Es ist besser, wir sehen unsere Lage klar, als dafs wir uns durch die mifsverständliche Verwertung früherer Kulturschätze beeinflussen und hemmen lassen. Man hat mitunter behauptet, Kant habe die Metaphysik schlechthin geleugnet. Das ist zu weit gegangen. Was er verneint, ist die Möglichkeit aus reiner Vernunft oder durch logische begriffliche Spekulationen das Wesen und die Existenz wirklicher Dinge darzuthun. Damit tritt dann an uns die Frage heran, wonach man sich heute zu richten habe. Könnte es vielleicht gelingen, in anderer Weise eine absolute Norm zur Beurteilung des Willens im Rechtsgeschäfte zu gewinnen, welche uns eine ähnliche Richtschnur böte, wie sie die Römer besafsen? Oder sollen wir auf ein solches Mittel verzichten und auf die kasuistische Untersuchung des Einzelwillens, auf eine psychologische Analyse des subjektiven Handlungsprozesses zurückgreifen?

Dieses letztere Verfahren ist bereits so vielfach angegriffen und verworfen worden, dafs wir eine Wiederholung all' der zahlreichen und zutreffenden Gründe, die dagegen

vorgebracht worden sind, hier wohl unterlassen können. Weder in der Gesetzgebung noch in der modernen Litteratur hat diese Richtung auch nur den geringsten Anklang gefunden und in den neuern Lehrbüchern ist sie kaum einer Erwähnung gewürdigt worden. Man könnte über die Zulässigkeit solcher Willensinterpretationen bei einseitigen Rechtsgeschäften vom rein theoretischen Standpunkt aus vielleicht noch streiten. Durch ihre beschränkte Folgerichtigkeit böte sie hier möglicherweise noch gewisse Vorteile. Ganz unzulässig ist dieses Verfahren dagegen in zweiseitigen Geschäften. Während im einseitigen Willensakt die subjektive Willensregung noch als alleiniges treibendes und bestimmendes Moment erscheint, ist für das zweiseitige Geschäft der Einzelwille allein nicht mafsgebend,[641] das Rechtsverhältnis stellt sich vielmehr als Niederschlag der Willenseinigung dar. In dieser Willenseinigung sind aber die Entwickelungsstufen der verbundenen Einzelwillen nicht mehr zu unterscheiden. Ihre Analyse würde auch zu gar nichts führen, da in der Willenskonfusion jeder gesonderte Einzelwille als solcher zu bestehen aufgehört hat. Es wird kaum ein zweiseitiges Rechtsgeschäft abgeschlossen, in welchem die Absicht der Kontrahenten nicht alle möglichen Wandlungen gerade unter dem Druck der erstrebten Willenseinigung durchmacht. Ein Zurückgehen auf jene Entwickelung, eine psychologische Analyse des subjektiven Prozesses würde auf Abwege führen, die unter keinen Umständen etwas mit dem Vertrag zu thun hätten und uns notwendig von ihm entfernen müfsten. Wollte insbesondere die Partei verlangen, ihr Wille solle daraufhin geprüft werden, inwiefern er von vornherein auf ein bestimmtes Kontraktsobjekt gerichtet war, wohin würden wir wohl dabei gelangen? Fast nie entspricht der Vertragsgegenstand allen den Vorstellungen

und Anforderungen, welche die Partei im Auge hatte. Vieles mangelt, manches steht nicht im Einklang mit allen subjektiven Erwartungen, mit einigem findet man sich ab, anderes erregt unsere Unzufriedenheit, so lange jenes Rechtsgeschäft und sein Ergebnis ihre Wirkung auf unsere Vermögenssphäre äufsern. Wollten wir hier den Kontrahenten in Aussicht stellen, diese Willenspsychologie könnte eventuell analysiert und auf alle ihre Momente hin untersucht werden, welch eine Prämie läge darin für die Anfechtung von Rechtsverhältnissen, welche Unsicherheit für den Sachverkehr? Deshalb haben auch die Römer niemals daran gedacht, den subjektiven Einzelwillen im Streitfalle zu prüfen, nur die objektive Thatsache der Willenseinigung, der Vertrag selbst ist Gegenstand ihrer Untersuchung und hierbei werden nur objektive Gesichtspunkte herangezogen. Was mufsten die Parteien nach möglichst allgemeinen Regeln in der Willenseinigung erstreben, lautet die Frage. Was mufs eine normale Vertragspartei in Rücksicht auf ihren Kontrahenten und die Willenseinigung wollen, das ist zu entscheiden, nicht aber, was sie von vornherein in ihrem ausschliefslichsten Interesse im Auge gehabt hat.

Die Anhänger der psychologischen Analyse des Handlungsprozesses haben ihrem Verfahren dadurch eine gewisse Grenze gezogen, dafs sie die Prüfung der sog. Motive ausschlossen, indessen die Unsicherheit, ja Wesenlosigkeit jener Einschränkung ist oft hervorgehoben und fast allgemein anerkannt.[642] Mit Recht wurde darauf hingewiesen, dafs gerade der Irrtum über Eigenschaften der Sache ganz ebensogut auch partiellen Mangel der Absicht bedeuten könne.[643]

Wie wir bereits früher feststellten, haben die neueren Gesetzgebungen dem Prinzip der psychologischen Analyse des Handlungsprozesses überhaupt nicht Raum gegeben. Man hielt

sich ausschliefslich an objektive Kriterien, die man in verschiedener Weise bildete und auszugestalten versuchte.

Vor Savignys durchgreifender Reform liefs man sich vom Wortlaut der römischen Quellen leiten. Auf diesem Standpunkt befindet sich noch der Code civil, dessen Art. 1110 folgendermafsen lautet: L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Es ist schwer zu sagen, was sich der moderne Jurist bei dieser Vorschrift denken soll, und durch welche Mittel der unbefangene Laie zur Erkenntnis gebracht werden könnte, dafs dem Irrtum über die Substanz der Sache eine so mafsgebende Stellung zukommt.[644] Es wird ihm zugemutet, einen Umstand als wesentlich anzuerkennen, dem er in unzähligen Fällen gar keine Bedeutung beimessen kann, von dem er nicht einmal Notiz nimmt. Was ist für den Laien die Substanz eines lebenden Tieres, eines Gemäldes oder Kunstgegenstandes? Wie soll er die Substanz eines Grundstückes bestimmen? Soll das etwa durch Bodenanalysen geschehen? Ist es ein Substanzirrtum, wenn der gekaufte Wein einer niedrigeren Sorte angehörte, als der Käufer annahm? Und wie soll vollends der Jurist eine Satzung anwenden, durch welche Momente in den Vordergrund gestellt werden, die nach unsern heutigen Anschauungen als etwas Einseitiges und vielfach Unwesentliches erscheinen, ja oftmals überhaupt nicht festgestellt werden können?

Die Verfasser des Code waren, ohne es zu wissen, unter den Einflufs einer Lebensauffassung geraten, die sie in ihrer Gesamtheit nicht kannten und verstanden.[645] Sie wiederholten Worte, deren innersten Sinn sie nicht erfafst hatten. Der Art. 1110 ist eine hohle Phrase.

Jener Mifsgriff hat in der Praxis dahin geführt, dafs man durch willkürliche Interpretation den Worten „substance de la chose“ einen anderen Sinn beimafs, als ihnen zukommt und darunter schlechtweg die Eigenschaft der Sache verstand. Dieser erste Willkürakt zog dann noch weitere nach sich. Während gemäfs dem Text des Gesetzes jeder error in substantia Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat, begann die Praxis ganz nach freiem Ermessen diejenigen Eigenschaften abzusondern, welche ihr aus irgend welchen Gründen als wesentlich erschienen oder sie verlangte ganz ebenso willkürlich, dafs die fragliche Eigenschaft beim Abschlufs des Vertrages deklariert und zum Gegenstand der Willenseinigung gemacht werde.

Alles das ist ein Ergebnis von Anachronismen und Mifsverständnissen. Das Gesetz fehlt und die Praxis treibt steuerlos umher.[646] Denselben Fehler, wenngleich in weniger krasser Form hat auch das sächsische Gesetzbuch begangen. § 842 bestimmt: „Irrt sich der eine Teil über die Identität der Sache oder über deren ausdrücklich von ihm vorausgesetzten Stoff, ohne welchen dieselbe zu einer anderen Gattung oder Art von Sachen zu rechnen sein würde und welcher für sie wesentlich ist, so ist der Vertrag nichtig.“ Auch hier handelt es sich um eine Rezeption unverstandener römischer Gedanken. Ein wichtiger Fortschritt ist im Vergleich zum Code freilich darin zu erblicken, dafs nur von dem „ausdrücklich vorausgesetzten Stoff“ die Rede ist. Indessen bleibt es nach unserer heutigen Auffassung eine wertlose Kasuistik, die weder den Inhalt des Gesetzes erläutert noch seine Anwendung vereinfacht. Denn weshalb, fragt man sich mit Recht, wird hier gerade auf den Stoff hingewiesen? Sind nicht die Form oder die äufsere Gestalt, die Art der Bearbeitung und viele andere

Umstände genau von derselben Bedeutung? Bestimmt denn nur der Stoff „Art oder Gattung" der Sache? Sind wir denn heute noch ganz von der Metaphysik der Stoa beherrscht?

In einer weiteren, allgemeineren Fassung macht sich der Einfluſs römischer Anschauungen im Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch geltend. Zwar handelt es sich hier nicht gerade um eine unbewuſste Nachbildung miſsverstandener stoischer Lehrsätze. Der error in substantia ist nicht schlechthin maſsgebend, aber man betont die „Wesenheit des Gegenstandes", man spricht von seiner „wesentlichen Beschaffenheit" und das ist nach dem heutigen Stande unserer philosophischen oder juristischen Erkenntnis gleichfalls unstatthaft. Denn was das Wesen einer konkreten Sache ausmacht, wissen wir nicht und können es auch nicht feststellen. Der § 871 des Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuches enthält folgende Bestimmung: „Wenn ein Teil von dem anderen Teile durch falsche Angaben irre geführt worden, und der Irrtum die Hauptsache, oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet oder erklärt worden; so entsteht für den Irregeführten keine Verbindlichkeit." Ebenso ist in § 1385 von einem Irrtum über die „Wesenheit der Person oder des Gegenstandes" die Rede, kraft dessen ein Vergleich ungiltig wird.

Diese in ihrer Allgemeinheit den römischen Quellen nachgebildete, für uns aber ganz unverständliche Fassung ist dann unter Savignys Einfluſs von der Theorie und Praxis dahin ergänzt worden, daſs es von den Anschauungen des Verkehrs abhängen soll, welche Eigenschaften als wesentlich und den Vertrag zerstörend gelten. Andererseits hat man auch hier die Haftung für wesentliche Beschaffenheit auf ein dictum promissum zurückführen wollen. Damit ist die Vorschrift des

Gesetzes umgangen und aller Bedeutung beraubt, denn die Rechtsfolgen wären alsdann nicht an das Gesetz, sondern an einen bestimmten Vertragspunkt gebunden. Man würde für den Sachirrtum auf jede legislatorische Ordnung verzichten und alles der Willkür des Lebens und der Praxis überlassen. Trotz unserer im Vergleich zum römischen Recht nachteiligen Stellung zu dieser Frage, brauchen wir, wie später gezeigt wird, in unserer Resignation doch nicht so weit zu gehen.[647]

Wie wir bereits erwähnten, haben einzelne spätere Kodifikationen sich unmittelbar von Savignys Theorie beeinflussen lassen und einen objektiven Mafsstab für die Bedeutung des Sachirrtums nach den „im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen“ gebildet. Die Savignysche Lehre ist wörtlich aufgenommen worden vom Liv-Esth-Kurländischen Privatrecht, dessen Art. 2967 folgendermafsen lautet: „Der Irrtum gilt als wesentlicher, wenn er die Voraussetzung einer Eigenschaft des Vertragsobjekts betrifft, vermöge deren das Objekt, nach den im Verkehr herrschenden Begriffen, zu einer anderen Art von Sachen zu rechnen wäre, als wozu es wirklich gehört.“

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich hat sich zum Teil diesem Einflusse untergeordnet, denn § 119 Abs. 2 spricht vom „Irrtum über solche Eigenschaften der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.“

Aber was ist der Verkehr, und was haben wir uns darunter zu denken? In unserer modernen juristischen Litteratur spielt dieses Wort eine sehr wichtige Rolle. Mit seinem Zauberklang verscheucht der Rechtsforscher von heute alle sozialen und wirtschaftlichen Beklemmungen. Ist es ihm gelungen, diesen Ausdruck in einen Satz, in eine Definition hineinzubringen, so glaubt er sich ein für alle Mal gegen den

Vorwurf gesichert, dafs er dem Leben und seinen Anforderungen fremd und fühllos gegenüberstehe.

Indessen ist mit diesem Worte allein irgend etwas klar gestellt? Dürfen wir sagen, dafs der Verkehr die Dinge im Geltungsgebiet eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches klassifiziere und durchweg bestimme? Wir möchten es bestreiten, dafs man dieser Frage jemals näher getreten sei.

Güterverkehr oder Güterumlauf nennt der Volkswirt den Übergang der Sachen durch gegenseitige Leistungen behufs der Bedürfnisbefriedigung. Beim heutigen System der decentralisierten Güterverteilung wäre darunter der fortlaufende Übergang von einer Gütersphäre in die andere zu verstehen. Der Volkswirt verlangt vor allem Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs. In seiner Beschleunigung und Erweiterung erblickt er mit Recht ein wichtiges Mittel kulturellen Fortschrittes und sozialer Gesundung. Es wird jetzt von niemand mehr angefochten, dafs im Prinzip die wirtschaftlichen Verhältnisse der Menschen am besten gedeihen, wenn der Güterverkehr im möglichsten Flufs erhalten bleibt. Häufigkeit der Umsätze ermutigt zur Erzeugung neuer Werte, fördert die Arbeit und Anspannung der Kräfte. Stockungen und Unsicherheit haben leicht Verfall des Wohlstandes und Niedergang des kulturellen Schaffens im Gefolge. Zwar nicht immer die Leichtigkeit, wohl aber die Sicherheit dieses wirtschaftlichen Verkehrs beruht vorzüglich auf seiner Übereinstimmung mit der Rechtsordnung; daher hat vor allem der Jurist jene Bestrebungen nach Kräften zu fördern, zugleich aber auch vor Irrwegen und Überstürzungen zu bewahren. So lange wir unter dem Einflufs der decentralisierten Güterordnung stehen, erscheinen die zahlreichen abgesonderten Rechts- und Vermögenssphären als Behälter, die stets bereit sind und

bereit sein sollen Güter aufzunehmen und weiter zu geben. Sie bilden ein System von Adern, die der grofse Strom des Verkehrs speist und die ihrerseits wieder das von ihnen Aufgenommene gleichsam nach einem regelrechten Irrigationssystem ausnutzen und befördern.

Die Rechtsordnung hat dafür Sorge zu tragen, dafs jeder gesonderten Vermögensphäre nicht dasjenige entzogen werde, was ihr nach dem Gange eines geordneten Güterumlaufs zukommt, und ebenso, dafs man ihr nichts aufdringe, was in ihr keinen Platz findet, sie verletzen, verwirren, verjauchen kann. Im ersten Falle würde eine Schädigung der Gütersphäre ihre Zerstörung und Unbrauchbarkeit für den allgemeinen Verkehr nach sich ziehen, im zweiten Falle trete eine teilweise oder völlige Versumpfung ein, die den steten Ab- und Zuflufs der Güter hemmen könnte, weitere Bankerotte und Konkurse nach sich zöge und damit eine ganze Reihe von Gütersphären gefährdete. Für viele Arten von Werten sind dann solche zerstörte Zellen nicht mehr aufnahmefähig. Nicht nur Luxusgegenstände, sondern auch zahllose Sachen, die unter normalen und glücklichen Verhältnissen zum alltäglichen Bedürfnis gehören, finden keinen Eingang mehr in eine durch ökonomische Mifsverhältnisse, schlechte Rechtsordnungen oder Rechtsunsicherheit geschwächte Verkehrsgenossenschaft.

Fassen wir den Begriff des Sachverkehrs von dieser konkreten Seite und bestimmen wir hiernach die Aufgaben der Rechtsordnung, so erhalten wir damit auch zugleich eine deutlichere Vorstellung von den Aufgaben der Gesetzgebung und Jurisdiktion hinsichtlich der Identität des Objekts im Rechtsgeschäft. Die Römer besafsen eine sichere Richtschnur im Wesen des Dinges, welches sie zu erkennen glaubten,

unser Ausdruck „Verkehr“ besagt in dieser Fassung wenigstens für ein allgemeines bürgerliches Gesetzbuch nichts und wenn Goldschmidt von „Klassifikationsfaktoren“ spricht,[648] so bringt uns das auch nicht weiter, da wir ja gar nicht diejenigen Klassen kennen, in welche sich die gesamten Gütermassen einschichten liefsen. Die Juristen des vorigen Jahrhunderts versuchten es auf Grund einer Reihe von Beobachtungen des praktischen Lebens sämtliche Gegenstände aufzuzählen, die ein Pertinenzverhältnis zu einander haben. Man hat das vielfach belächelt, indessen die Durchführung jener Klassifizierung der Verkehrsobjekte würde uns doch auf ähnliche Wege leiten. Es giebt eben keine feste Stellung der Einzelsache im Gesamtverkehr. Die Interessen und Bedürfnisse des letzteren setzen sich aus den Interessen und Bedürfnissen der decentralisierten Gütersphären zusammen; für diese giebt es keine bindende Abstraktion, da hier, von ganz primitiven Kulturzuständen abgesehen, eine grenzenlose Wandelbarkeit und Mannigfaltigkeit herrscht. Erteilt also der Gesetzgeber dem Richter die Weisung, er solle sich bei Anwendung des Rechts von dem leiten lassen, was im Verkehr wesentlich sei, so mufs hierbei grundsätzlich das Bedürfnis derjenigen Gütersphären mafsgebend sein, die am Geschäft beteiligt waren. Es ist also zu vermeiden, dafs der Gütersphäre einseitig Kräfte entzogen werden und ebensowenig darf man ihr etwas aufdrängen, was in ihr keinen Platz finden kann. Das ist die Richtschnur für die Bestimmung desjenigen, was eine ehrliche und „räsonable“ Vertragspartei im Auge gehabt haben kann.

Damit ist zugleich der einseitigen Forderung „des schnellen und sicheren Schutzes schuldloser Dritter“[649] eine gewisse Grenze gezogen. Es ist entschieden zu bestreiten, dafs dieser Gesichtspunkt im Verkehrsrecht an erster Stelle entscheide.

„Der Gesamtorganismus der menschlichen Gesellschaft“, die soziale Natur des menschlichen Verkehrs[650] wird durch Schwächung oder Vernichtung jeder beliebigen Gütersphäre geschädigt. Verletzt ein Gerichtsurteil die Interessen von Vertrags- oder Prozefsparteien aus Rücksicht auf redliche Dritte, so können in den Sturz des Verurteilten ganze Reihen von ebenso redlichen Dritten hereingezogen und dadurch für den „menschlichen Verkehr“ noch weit gröfseres Unheil angerichtet werden. Das entspräche auch keineswegs der Aufgabe und Stellung des Vertrages überhaupt. Der Vertrag ist eine Willenseinigung, die als objektiver Thatbestand beurteilt werden mufs, und hierzu stehen redliche Dritte in keiner direkten Beziehung. Ihre Interessen werden durch die allgemeinen Normen hinreichend gesichert, wobei hauptsächlich die Bestimmungen über Treue und Glauben sowie über die Form der Rechtsgeschäfte mafsgebend sind. Diese beiden Marksteine bezeichnen die Grenzen desjenigen Schutzes, welchen die Gütersphären der am fraglichen Rechtsgeschäfte nicht beteiligten Dritten geniefsen. Sie ergänzen sich gegenseitig und lösen einander in der Geschichte des Rechts ab, denn was in den ersten Entwickelungsstadien der Rechtsordnung durch das Formalgeschäft erreicht werden sollte, dasselbe bezweckt im fortgeschrittenen Güterverkehr der gute Glaube. Die strenge Form reicht zur äufseren Sicherung des Güterumsatzes aus, wo der Weg vom Produzenten zum Konsumenten in der Bedürfnisbefriedigung ein kurzer und direkter ist. Solange die Landwirtschaft als Hauptproduzent erscheint und die Gütersphären einen stabilen Charakter haben, handelt es sich bei schwachem Umsatz weniger um Erleichterung des Verkehrs als um seine Sicherung. Die römischen res mancipi, die Liegenschaften des germanischen Rechts bildeten zu ihrer Zeit den

Grundstamm eines jeden Normalvermögens, sie wurden in der Regel nicht erworben, um sie weiterzuschieben, sondern um in der fraglichen Gütersphäre dauernd zu bleiben, und ihre Lage sollte im Interesse Dritter möglichst offensichtlich, möglichst allgemein bekannt sein.[651] Nach dieser primitiven Auffassung wird der Niederschlag der Willenseinigung d. h. der Inhalt des Rechtsgeschäftes in einer für die Aufsenwelt wahrnehmbaren Form sinnlich verkörpert. Insofern die fragliche Handlung nicht nur die Parteien angeht, wird sie objektiviert, verdinglicht. Zu diesem Zweck wirkt entweder der Staat beziehungsweise die Gemeinde selbst mit, oder die Verkehrsgenossenschaft läfst sich durch Privatpersonen vertreten. In dieser Weise gesicherte Rechtsgeschäfte gestatten dann natürlich keine spätere Untersuchung über die ursprünglichen Willensmeinungen der Beteiligten oder das Wesen der Vertragsobjekte, da eine solche Nachprüfung die öffentlich anerkannte Form gefährden könnte. Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.[652] Die Tadellosigkeit und Sicherheit dieser Form deckt im allgemeinen Interesse alle früheren Vorgänge. Das Rechtsgeschäft bleibt giltig.

Jene meist sehr schwerfälligen und umständlichen Garantien des Interesses unbeteiligter Dritter werden undurchführbar, sobald die wirtschaftlichen Verhältnisse eine erweiterte Bedürfnisbefriedigung und lebhafteren Güterumsatz mit sich bringen. Da die Produktion vielseitiger wird, der Weg vom Produzenten zum Konsumenten mehrfache Wandlungen durchmacht, so erfahren die einzelnen Sachen wiederholte Änderungen, sie durchlaufen ganze Reihen von Gütersphären, ehe sie an ihre endgiltige Bestimmung gelangen. Alle diese Stadien können durch schwerfällige Formgeschäfte nicht markiert werden; überdies wäre dadurch beim schnellen Flufs der Güter,

bei ihrer häufigen Umgestaltung für die Sicherung unbeteiligter Dritter auch nichts gewonnen.

An die Stelle der Form und vielfach ihr zur Seite tritt nunmehr die bona fides, d. h. von den Vertragsparteien wird verlangt, dafs sie ihr Verhalten, welches formlos und daher nicht mehr konkret fafsbar ist, nach denjenigen Regeln einrichten, welche die Verkehrsgenossenschaft ihrem allgemeinen Gebahren zu Grunde legt. Die bona fides bildet eine gewisse Schablone, welche von jedermann verstanden werden kann und eingehalten werden mufs. Die Vertragspartei haftet für die Folgen ihrer Arglist und Fahrlässigkeit in allen Handlungen überhaupt, mithin auch für ihr Verhalten während des Kontrahierens, denn dieses ist eine Handlung wie jede andere. Eine solche Forderung ist um so gerechtfertigter, da sie von einem allgemeinen Gesichtspunkt ausgeht und somit die Interessen des gutgläubigen Dritten ebenso schützt, wie diejenigen der am Rechtsgeschäft Beteiligten. Daraus ergiebt sich mit Notwendigkeit, dafs Rechtsgeschäfte stets auch so auszulegen sind, wie Treue und Glauben es mit Rücksicht auf die Sitten der Verkehrsgenossenschaft beanspruchen.[653]

Liegt in der Willenserklärung eine Fahrlässigkeit des Kontrahenten, so ist das Rechtsgeschäft gültig, es sei denn, dafs die Gegenpartei den vorliegenden Irrtum bei gewöhnlicher Sorgfalt erkennen konnte und mithin selbst fahrlässig handelte.[654]

Über die hier festgesetzten Schranken brauchen wir nicht hinauszugehen. Durch sie sind die Interessen der aufserhalb des Geschäfts stehenden Verkehrswelt hinreichend gesichert.

Ofner hat als weiteres Schutzmittel für gewisse Fälle die „Fiktion des geschlossenen oder in gewisser Art geschlossenen Rechtsgeschäfts“ vorgeschlagen.[655] Indessen die von ihm hierfür herangezogenen Beispiele, lassen die Notwendigkeit einer

solchen Ergänzung nicht erkennen. In dem ersten Falle handelte es sich um eine Vorschrift der Allg. Deutschen Wechselordnung Art. 95: „Wer eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines Andern unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht erteilt gewesen wäre.“ Hier ist aber der Rechtsgrund der Haftung die von den Interessenten gewählte Wechselform, also das Formalgeschäft, welches allem Bestand und Sicherheit verleiht, was sich unter seine Deckung begiebt, und Untersuchungen früherer Vorgänge abweist.[656]

Als zweiten Anwendungsfall einer solchen Fiktion citiert Ofner Art. 55 des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuches: „Wer ein Handelsgeschäft als Prokurist oder als Handlungsbevollmächtigter schliefst, ohne Prokura oder Handlungsvollmacht erhalten zu haben, ingleichen ein Handlungsbevollmächtigter, welcher bei Abschlufs eines Geschäfts seine Vollmacht überschreitet, ist dem Dritten persönlich nach Handelsrecht verhaftet. Diese Haftungspflicht tritt nicht ein, wenn der Dritte, ungeachtet er den Mangel der Prokura oder der Vollmacht oder die Überschreitung der letzteren kannte, sich mit ihm eingelassen hat.“ Bedarf es aber einer Fiktion zur Rechtfertigung dieser Haftung? Letztere beruht augenscheinlich auf den allgemeinen Grundsätzen von Treue und Glauben im Handelsverkehr und entspringt unmittelbar aus der Arglist oder Fahrlässigkeit der Vertragspartei — des angeblichen Prokuristen oder des Handlungsbevollmächtigten, welcher die Grenzen seiner Vollmacht nicht einhielt.

Ofner glaubt jener Fiktionen im allgemeinen zu bedürfen, um dem freien Ermessen des Richters eine gewisse Schranke zu ziehen.[657] Sobald aber der Richter sich im gegebenen

Thatbestand durch die Vorschriften über die Form der Rechtsgeschäfte und den guten Glauben im Güterverkehr leiten läfst, kann er zu gar keinem anderen Schlufs gelangen, als die oben angeführten Gesetzesartikel. Nur darum handelt es sich hier, ob man sich mit verhältnismäfsig wenigen grundlegenden Vorschriften begnügen könne, oder durch zahlreiche Einzelbestimmungen der Gesellschaft den Geist des Gesetzes näher bringen, dem Richter da, wo er sich auch selbst zurechtfinden könnte, vorgreifen soll.

Jedenfalls aber bilden die von Ofner citierten Bestimmungen kein neues Rechtsprinzip, sie ergänzen vielmehr blofs schon vorhandene Gesichtspunkte.

Was hier über die Beurteilung der Willenseinigung im allgemeinen gesagt wurde, erstreckt sich natürlich auch auf alle dorthin gehörigen Elemente und Bestandteile, mithin auch auf das Objekt des Rechtsgeschäfts. Jeder error in objecto, welcher durch eigene Fahrlässigkeit des Kontrahenten hervorgerufen wurde oder aus einem Mifsverständnis des strikt gefafsten Inhalts eines Formalgeschäfts erwächst, bleibt ohne Einflufs auf die durch den Vertrag geschaffenen Thatumstände.

Nachdem durch die hier aufgestellten Regeln die Integrität sämtlicher, am Rechtsgeschäft nicht beteiligter Gütersphären nach Möglichkeit als gesichert erscheint, kommen nur noch die vom Kontrakt direkt ergriffenen Verkehrsstationen in Frage. Was haben wir zu beobachten, falls, abgesehen von jeder Fahrlässigkeit der Beteiligten, in einem formlosen Geschäft ein Irrtum über das Vertragsobjekt Platz gegriffen hat, was zu thun, wenn uns auch hier die Weisung erteilt wird, uns von dem „für den Verkehr wesentlichen“ leiten zu lassen?[658]

Wir sind nicht mehr wie die Alten imstande, das Wesen der Sache absolut aufzufassen. Wir können es im konkreten

Falle überhaupt nicht mehr bestimmen, da zwischen dem Ding an sich und uns der Intellekt steht, welcher uns nur dasjenige übermittelt, was unserem subjektiven Auffassungsvermögen zugänglich ist. Denn da im Güterverkehr nicht die ideale, sondern blofs die reale Seite der Dinge Berücksichtigung findet, so kommt hier auch eine sinnlich-empirische Beurteilung in Frage. Bei der Bestimmung des Rechtsobjekts wird also nur die äufsere Erscheinung sowie alles dasjenige erwogen, was in der empirischen Welt von ihm ausgesagt werden kann und seine empirische Eigentümlichkeit oder Eigenschaft bildet. Da wir uns hiermit ganz in das Gebiet der Erscheinungen begeben, so ist damit das aprioristische Wesen der Sache ausgeschlossen, von einer „Wesenheit“, dem „Wesentlichen“ darf in diesem Zusammenhange nicht mehr die Rede sein, alles beruht auf sinnlicher Beobachtung und Erfahrung.

Trotz gröfster Mannigfaltigkeit des Güterumlaufes, mufs dennoch anerkannt werden, dafs gewisse Eigenschaften der Sachen gerade auf Grund unserer Empirie für alle Gütersphären eine gleichmäfsige Bedeutung haben und in der Welt der Erscheinungen gleichmäfsig beurteilt werden. Hieraus hat sich allmählich die obligatorische, gesetzlich normierte Haftung für bestimmte Mängel des Objekts entwickelt. Für die rein empirische Natur dieser Satzungen ist der Umstand bezeichnend, dafs die Gesetzgebungen vom ädilizischen Edikt bis zu den neuesten Kodifikationen nicht selten eine möglichst genaue Aufzählung oder Klassifizierung jener Eigenschaften vorgenommen haben, die sich dann unter mancherlei Schwierigkeiten und Einwänden nur sehr allmählich erweiterte.[659] Nicht alle Arten von Verkehrsobjekten kommen hierbei in Betracht, sondern vorzugsweise solche, bei denen die fraglichen Mängel

erfahrungsmäfsig nicht leicht zu erkennen sind. Daraus ergiebt sich schon eine recht lange Reihe von Eigenschaften, in Bezug auf welche die Folgen der falschen Vorstellungen oder des Irrtums als fest geregelt erscheinen. Diese fehlerhaften Sachen dürfen der Gütersphäre des unkundigen Kontrahenten nicht aufgezwungen werden, der kundige, gewerbsmäfsige Vermittler soll kein Interesse daran haben, sich mit dem Umsatz solcher Gegenstände zu befassen.[660] Mögen sie dort dahinsiechen, wo sie sich gerade befinden. Das civilpolitische Ziel ist darauf gerichtet, dafs sie, wie z. B. falsches Geld, womöglich aufser Verkehr gesetzt werden.

Ein weiteres Moment, durch welches die Ungewifsheit beim Irrtum erheblich eingeschränkt wird, bildet die ausdrückliche Zusicherung bestimmter Eigenschaften des Vertragsobjekts.[661] Solche dicta promissa sind unter allen Umständen zu berücksichtigen, sie werden wie der genau präzisierte Gegenstand besonderer Versprechungen beurteilt. Wie wir bereits früher gesehen haben, wollte man in der modernen Litteratur diesen an sich selbstverständlichen Satz dazu verwerten, um mit seiner Hilfe alle diejenigen Schwierigkeiten zu beseitigen, welche die römischen Lehren vom error in corpore, in substantia und in qualitate boten. Es bedarf hier wohl keiner näheren Erklärung darüber, weshalb die klassischen Rechtslehrer ebensowenig wie wir Ursache hatten, jene einfache, unzweideutige Regel immer wieder zu betonen und zu wiederholen. Auch die modernen Gesetzgebungen haben die Vorschrift als selbstverständlich mit Stillschweigen übergangen.

Gehen wir in unseren empirischen Untersuchungen über den Einflufs des Güterumlaufs auf den Sachirrtum weiter, so läfst sich nicht verkennen, dafs sich die Handelswelt in einer günstigeren Lage befindet, als die übrigen Glieder der Ver-

kehrsgenossenschaft. Obgleich der Begriff des Handelsgeschäfts vorherrschend nach objektiven Merkmalen bestimmt wird, so hat doch auch der Stand und Beruf des Kaufmannes einen nicht unerheblichen Einfluſs auf die Beurteilung der Willensfrage in ihrem Verhältnis zum Vertragsobjekt. Hier dürfen wir in der That von einer allgemeinen Stellung der Sache im Verkehr reden. Denn daraus, daſs der Gegenstand für den Handelsumsatz bestimmt ist, also Ware wird, lassen sich gewisse Regeln ableiten, welche die von den Parteien vorausgesetzten Eigenschaften normieren. Solange die Ware als solche fungiert, d. h. noch nicht in die Hände des Konsumenten oder derjenigen Person gelangt ist, welche sie nicht mehr zu veräuſsern beabsichtigt, passiert sie eine Reihe von gleichmäſsig funktionierenden Gütersphären. Diese Gleichmäſsigkeit besteht eben darin, daſs die Ware überall denselben Ansprüchen und Bedürfnissen des Umsatzes genügen soll. Hier giebt es in der That bestimmte Klassifikationsfaktoren, fest geregelte Voraussetzungen und daher auch Eigenschaften der Ware, die von allen Inhabern kommerzieller Gütersphären einheitlich beurteilt werden. Der Handelsverkehr gestattet die Bildung von allgemeinen Erfahrungssätzen darüber, was eine räsonable, normale Vertragspartei wollen muſs. Die Handelssitte erscheint als ein machtvoller Leiter, welcher dem freien Ermessen des Richters sehr bestimmte und enge Grenzen zieht. Da jeder sachkundige Kaufmann genau weiſs, welche Eigenschaften die Ware haben müsse, damit sie einer bestimmten Umsatzklasse angehöre, so ergeben sich hieraus die rechtlichen Wirkungen des Irrtums über solche Eigenschaften ganz von selbst. Ist nach den Regeln der Warenkunde die irrtümlich vorausgesetzte Eigenschaft für die Gattung maſsgebend, so kann das Rechtsgeschäft nicht bestehen, da dem

Kontrahenten etwas aufgedrängt wird, was nicht in den Vertrag gehört. Im entgegengesetzten Fall fehlt es jeder Anfechtung an Boden. In einem Handelsgesetzbuch wäre auch der § 119. Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich ganz am Platz: „Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder Sache, die im Verkehr (Handelsverkehr oder Güterumlauf) als wesentlich (d. h. für die Art der Ware mafsgebend) angesehen werden“.[662]

Wir haben hier auf eine Reihe empirischer Beobachtungen hingewiesen, aus denen sich gewisse allgemeine Schranken für das freie Ermessen des Richters in der Beurteilung dessen herleiten lassen, was eine normale Vertragspartei wollen mufs. Freilich umfafst unsere Zusammenstellung noch nicht die Masse der Thatbestände, welche das Leben erzeugt. Indessen je mehr solche, sei es auch nur empirische, Sätze gefunden werden, desto mehr Sicherheit gewinnen auch die Verkehrsgenossen beim Abschlufs der Geschäfte.

Von jeher ist der Spielraum des richterlichen Ermessens Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten gewesen. Während die einen auf die „enge Verwandtschaft des freien Ermessens mit Laune und Willkür“ hinweisen,[663] haben andere in diesem nobile officium ein gutes Mittel erblicken wollen, „den wirtschaftlichen Erfolg, welchen die Parteien erstrebten“, zur Ausführung zu bringen.[664] Indessen, wenn das Gesetz in gewissem Sinne auch einen Rahmen giebt, innerhalb dessen der Jurist seine Entscheidung sucht,[665] so ist dieses doch bei weitem nicht seine einzige Aufgabe. Es ist vor allem für die menschliche Gesellschaft geschrieben, um den Volksgenossen eine Anleitung zu geben, wie sie sich selbst im Rechtsverkehr zu benehmen haben, und was sie von anderen

erwarten können. Ein Gemeinplatz ist es, wenn man vom Recht und Gesetz verlangt, sie sollen volkstümlich sein. Je bestimmter die Normen sind, je mehr sie dasjenige meiden, was den gegenwärtigen Weltanschauungen nicht entspricht, desto sicherer werden sich die am Geschäft Beteiligten auf dem Rechtsboden fühlen.

Kommen daher formlose[666] Verträge in Frage, welche keine Handelsgeschäfte sind, so mangelt es, wofern keine Fahrlässigkeit der Partei vorliegt,[667] an allgemeinen Prinzipien zur Regelung der Folgen des Sachirrtums. Das Wort Verkehr[668] hat hier gar keinen Sinn, da die einzelnen Objekte nicht einem gleichartigen Umsatze dienen, sondern je nach dem Bedürfnis der verschiedenen Gütersphären den aller mannigfaltigsten speziellen Zwecken. Infolgedessen werden auch die Eigenschaften der Sache ganz ungleich beurteilt. Hier, d. h. aufserhalb des Handelsverkehrs, wird kaum eine Eigenschaft jeder beliebigen Sache genannt werden können, welche in den verschiedenen Gütersphären unter allen Umständen die gleiche Beurteilung fände. Das müfste aber wenigstens annähernd der Fall sein, wollte man von Eigenschaften reden, die für den Verkehr überhaupt wesentlich sind.

Man suche doch die gesamte Kasuistik der römischen Quellen wie der neuern und neuesten Litteratur und Praxis zusammen, und ganz nach Umständen wird ein und dieselbe Eigenschaft bald als wesentlich, bald als unwesentlich erscheinen je nach den Bedürfnissen, welchen im gegebenen Fall die fragliche Sache genügen soll. Man sehe sich doch z. B. das von Savigny zusammengestellte Material an, aus welchem er seine Verkehrstheorie ableitete. Von denjenigen Fungibilien abgesehen, die, wie z. B. der Wein, Gegenstände des Handelsumsatzes sind, unterliegt kein einziger Fall einer all-

gemeinen, stets gleichartigen Beurteilung und der Verkehr giebt hier überhaupt gar keine feste Stütze. So kann Güte und Feingehalt des Metalls je nach der Bestimmung der Sache im Rechtsgeschäft von gröfster Bedeutung oder auch ganz gleichgültig sein. Letzteres ist z. B. da der Fall, wo Sachen von künstlerischer Ausführung, antiquarischem oder historischem Wert in Frage kommen. Das Geschlecht eines Tieres ist je nach seiner Verwendung seitens des Kontrahenten von allergröfster Bedeutung oder völlig irrelevant. Soll z. B. ein Pferd für ein Gestüt gekauft werden, so ist das Geschlecht eine seiner wesentlichsten Eigenschaften, bei Gebrauchspferden spielt das Geschlecht zwar nicht immer, aber doch meist gar keine Rolle. Ja sogar der Irrtum über die Farbe eines Pferdes, oft ein sehr gleichgültiger Umstand, kann von entscheidender Bedeutung sein, wenn es sich z. B. um die Anschaffung von Dienstpferden für ein bestimmtes Kavallerieregiment oder um die Ergänzung eines Viererzuges handelt. Ebensowenig wird man behaupten dürfen, dafs der Irrtum über Holzgattungen nur immer eine Rechtsfolge haben könne. Auch hier hängt alles vom Bedürfnis der fraglichen Gütersphäre ab, für die der Gegenstand bestimmt war. Eine von mir bestellte eichene Speisezimmergarnitur brauche ich nicht anzunehmen, wenn sie irrtümlich in Tannen- oder Birkenholz ausgeführt wurde, während bei der Anfertigung eines Bretterzaunes es gleichgültig ist, ob Tannen-, Fichten-, Birken- oder Erlenholz dazu verwandt wurde. Sobald der Vertrag sonst ordnungsmäfsig erfüllt ist, kann er daraufhin nicht angefochten werden, dafs nicht nur eine bestimmte Holzart zur Verwendung kam. Mafsgebend sind die Bedürfnisse der einzelnen Gütersphären. Die Rechtsgeschäfte sind also, insbesondere bei onerosen Verträgen, so auszulegen, dafs hierdurch einer gewissen Güter-

sphäre nicht etwas aufgezwungen wird, was in ihr keinen Platz findet, ihre Entwickelung stört und sie zu zwecklosen Opfern veranlafst. Durch jede solche zwangsweise Verzerrung in der Anwendung des Rechts würde seine Autorität fühlbar geschwächt. Die Gesellschaft müfste an ihrem eigenen gesunden Sinn irre werden, wenn durch die Auslegung der Gesetze ein Rechtsgeschäft, welches der Kontrahent zu seinem Nutzen und Frommen abschlofs, ihm als etwas Schädliches, Gefährliches oder auch nur Lästiges aufgezwungen würde. In solchen und ähnlichen Fällen ist Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Kontrakts, also ein gewisser Stillstand des Verkehrs, zwangsweisen Störungen vorzuziehen.

Es soll nicht geleugnet werden, dafs dieser subjektive Mafsstab seine Schwierigkeiten behält und dem richterlichen Ermessen im Streitfalle immer noch etwas zu thun übrig bleibt. Freilich können hierbei gewisse Umstände wie Stand, Beruf, Beschäftigung und notorische Lebensgewohnheiten der Vertragsparteien dem Gericht eine gewisse Handhabe bieten. Denn schliefslich dient die Gütersphäre doch der Gesamtheit jener Interessen. Auch der vereinbarte Preis oder die Gegenleistung schlechthin kann für die Beurteilung der Frage, ob eine Eigenschaft wesentlich ist oder nicht von Bedeutung sein.[669]

Trotz allem ist aber diesem, sei es auch unvollkommenen, subjektiven Mafsstab der Vorzug zu geben vor jedem phrasenhaften, innerlich unwahren objektiven Wertmesser. Auch den subjektiven Launen des Irrenden ist damit noch keineswegs Thür und Thor geöffnet. Die dem Richter anheimgestellte „verständige Würdigung des Falles“ mufs ergeben, ob ein Interesse in Frage kommt, welches überhaupt der Berücksichtigung wert ist, und ob den Irrenden nicht der

Vorwurf eigener Fahrlässigkeit beim Abschlufs des Vertrages trifft.

Eine durchaus richtige Erkenntnis der Lage spricht sich in den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches aus. Es wird anerkannt, „dafs die Wesentlichkeit des Irrtums sich nicht mit dem rein objektiven Mafstab der Verkehrssitte prüfen lasse".[670] Wenngleich die Protokolle diesen Mafsstab auch nicht ganz verwerfen, so haben sie dennoch den subjektiven entschieden in den Vordergrund gestellt. Im Vergleich zu früheren Gesetzbüchern bildet § 119 des neuen deutschen Codex unseres Erachtens einen wesentlichen Fortschritt. Der erste Absatz formuliert dieses subjektive Kriterium mit aller wünschenswerten Klarheit: „Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhaltes überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dafs er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde". Als notwendiger Schlufs dieser Fassung ergiebt sich die richtige Folgerung des Bürgerlichen Gesetzbuches, wonach der Irrtum keine Nichtigkeit, sondern blofse Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts nach sich zieht. Denn als wesentlich gilt nur derjenige Sachirrtum, durch welchen der Gütersphäre des Kontrahenten ohne sein Verschulden etwas aufgedrängt werden soll, was in ihr keinen Raum finden, nimmer als Äquivalent für seine Gegenleistung gelten kann und somit störend und verwirrend in sein Leben eingreift. Ob aber alles dieses zutrifft oder nicht, darüber soll nur der Irrende selbst entscheiden. Seinem Ermessen ist es anheimzustellen, ob das Rechtsgeschäft trotz des Irrtums doch bestehen darf oder nicht, denn nur er vermag die

Schwere der Übelstände zu bestimmen, welche der Irrtum im Gefolge hatte. Es wäre hier offenbar ganz sinnlos, von einer Nichtigkeit des Vertrages zu sprechen, da es keine objektiven logischen oder juristischen Gesichtspunkte giebt, welche die Willenseinigung gefährden könnten, sobald die Partei selbst keine Veranlassung findet, ihre Unzufriedenheit zu äufsern. Freilich der stoisch denkende Römer mufste im Falle eines error in substantia sagen: „nulla est emptio!“ Die Substanz galt ihm als das Wesen der Sache und durch diese Art des Irrtums war ein Konsens logisch unmöglich wegen Mangels eines Objekts.

Bei vollkommenster Anerkennung des § 119. Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches können wir nicht umhin, den Abs. 2, da wo er steht, für eine inhaltslose und daher überflüssige Phrase zu erklären. So gut er in ein Handelsgesetzbuch pafste, so wenig entspricht er dem Geist und Inhalt eines allgemeinen Civilkodex.[671] Zwar unmittelbaren Schaden wird dieser Satz nicht gerade anrichten, wohl aber könnte er die Einfachheit und Klarheit der Vorschriften trüben. Es werden der Nachwelt Gesetzesworte überliefert, bei denen wir uns schon heute nichts Bestimmtes vorstellen,[672] und die durch ihre Inhaltslosigkeit das Ansehen des Gesetzes nicht heben werden. Wenn wir aber den irreführenden Hinweis auf die sog. wesentlichen Eigenschaften verwerfen, so ist damit noch nicht gesagt, dafs wir die Qualität überhaupt für gleichgültig halten. Ganz im Gegenteil sind nach unserer empirischen Sachbestimmung die Eigenschaften das Ding selbst, oder dasjenige, was das Ding zwar nicht an sich, wohl aber für uns, d. h. für das Subjekt ist.

In den Protokollen zur zweiten Lesung ist der Befürchtung Raum gegeben, dafs die einseitige Betonung des subjektiven Mafsstabes vielleicht allzusehr den persönlichen Launen des

Irrenden Rechnung trage. Man hat deshalb geglaubt, die Phrase von dem „was im Verkehr wesentlich ist" festhalten zu müssen. Der erwähnte Mangel wird aber durch die generellen Bestimmungen über Treu und Glauben sowie durch den Hinweis auf „die verständige Würdigung des Falles" hinreichend ausgefüllt.[673]

Im allgemeinen können wir die einschlägigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches als auf der Höhe unserer juristischen Erkenntnis stehend bezeichnen. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dafs vieles in dieses Gesetzbuch hineingeheimnifst worden ist. Das beweisen die völlig abweichenden Erklärungen, welche die Irrtumslehre in den neuen kurz gefafsten Handbüchern über das deutsche bürgerliche Recht gefunden hat.

Von der alt-römischen Lehre über das „Wesen der Sache" (Cosak) bis zum ganz modernen subjektiven Mafsstab (Kuhlenbeck und Leonhard) finden wir alle Auffassungen vertreten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat zwar die Einheit des Rechts, nicht aber die Einheit der Interpretation gebracht, denn bereits nach wenigen Jahren seit seiner Veröffentlichung sind in unserer Frage mehrere Ansichten aus ihm abgeleitet worden, die sich direkt widersprechen. Aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch selbst, aus ihm allein sind diese abweichenden Darstellungen weder zu erklären noch zu vereinigen. Sie beruhen auf einer tief in das Leben des Volkes eingedrungenen, durch den Fleifs und die Kultur von Jahrhunderten genährten Rechtswissenschaft. Nie ist ein Gesetzbuch aus einem so vielseitig und fein bearbeiteten Material geschaffen worden. Es liefse sich in dieser Hinsicht vielleicht mit der Schöpfung Justinians vergleichen. Aber deshalb bildet den einzigen Schlüssel zu seinem tieferen Verständnis das fernere fleifsige

Studium desjenigen wissenschaftlichen Bodens, aus welchem das Gesetzbuch als eine schöne Blüte erwachsen ist. Die Rechtswissenschaft darf ihre bisherigen römischen und germanischen Grundlagen nicht verlassen, sonst wird das neue Gesetz trotz der fleifsigsten und pünktlichsten Kommentare den späteren Generationen zu einem Buch mit sieben Siegeln und keine Quelle weiterer Entwickelung und Erkenntnis.

## Viertes Kapitel.

# Der Sachbegriff und die Bestandteile der Sache.

### § 16. Die Lehre von den wesentlichen Bestandteilen.

Was die römischen Juristen über das Wesen, die Entstehung und den Untergang der Dinge dachten, stellten sie, wie wir gesehen haben, unter die Herrschaft der Philosophie. Damit ist indessen der Einfluſs des antiken Begriffsrealismus noch nicht erschöpft, auch die Lehre von den Bestandteilen muſste ihm untergeordnet werden. Denn der animus domini waltet nicht nur über der Sache als Ganzem, er weist auch jedem Teile seinen Platz an und bestimmt seinen Charakter.

Wenn der moderne Jurist von den Bestandteilen einer Sache spricht, so läſst er sich vorzugsweise von zwei Gesichtspunkten leiten. Als Teile gelten ihm entweder die mit dem Hauptgegenstand physisch verbundenen Körper[674] oder solche Objekte, welche der Verkehr oder das wirtschaftliche Interesse, abgesehen von jeder körperlichen Verschmelzung, der Hauptsache anheften. Diese Auffassung beeinfluſst zugleich die rechtliche Position der sog. Pertinenzen, da auch sie durch ähnliche Erwägungen unter die Herrschaft der Hauptsache gestellt sind. Einen ganz andern Standpunkt nahmen die klassischen Rechtslehrer ein. Sie unterwarfen sich auch hier nicht sog. Ver-

kehrs- und Interessenforderungen. Von der Höhe allgemeinster philosophischer Erkenntnis beurteilten sie die Dinge. Nicht die einzelne, zufällige Erscheinung, wie die physische Verbindung oder die wirtschaftliche Abhängigkeit, bildeten die Richtschnur; als absolut oder objektiv Wirkliches galt ihnen der Begriff der Sache und hieraus ergab sich eine Reihe von Schlüssen, welche dem gänzlich veränderten Gedankengang des modernen Juristen unfafslich waren und daher reichlichen Stoff zu Mifsverständnissen boten.

Wie der Philosoph, so richtet auch der antike Jurist zunächst seinen Blick auf das *συνημμένον*,[675] weil es ein aus mehreren selbständigen Objekten zusammengefügtes Kunstganzes ist. In ihm konnte eine Absonderung, Ergänzung, Verbindung der Bestandteile wiederholt werden, ohne den Gegenstand endgültig zu vernichten; das Gebäude — aedificium und das Schiff — navis sind überall die beliebtesten Schulbeispiele.[676]

Wird also die Frage aufgeworfen, was als Bestandteil einer Sache gelten solle und was nicht, so hat man sich an ihren Begriff zu halten; es mufs zuvor festgestellt werden, worin das W e s e n  d e r  g a n z e n  S a c h e besteht. Als Bestandteil ist dasjenige anzusehen, was der konstante Begriff des Hauses oder Schiffes zu seiner Vollendung — perfectio — braucht. Das mafsgebende Kriterium liegt hier, wie wir bereits wissen, in der Zwecksbestimmung, im perpetuus usus.[677]

Die körperliche Verbindung erschien dem klassischen Rechtslehrer zur Bestimmung der Teilqualität nicht als notwendiges Moment, sie war nur insofern von Bedeutung, als sie entweder durch den perpetuus usus bedingt wurde oder in wenigen streitigen Fällen eine Präsumtion für die Teilqualität

bot.[678] In den Quellen wird z. B. als Bestandteil einer Sache dasjenige nicht anerkannt, was blofs ihrem Schmuck, nicht dem usus dient. Hierin kann selbst die engste Verschmelzung mit der Hauptsache nichts ändern, denn zum Begriff der letzteren gehört darum das Zierrat doch nicht. Man kann von ihm unmöglich sagen, dafs es zur „perfectio“ des Ganzen, zu seiner begrifflichen Vollendung erforderlich sei.[679] In gewissem Sinne bilden eine Ausnahme Fresken; sie sind aber rechte Bestandteile — partes aedium —, weil sie, besonders nach stoischer Auffassung, überhaupt nicht als selbständige Sachen gelten, sondern nur als Bemalung der Wandfläche.[680] Andererseits werden auch wichtige Gebrauchsgegenstände, trotz körperlicher Verbindung mit der Hauptsache, nicht als partes angesehen, wenn sie nicht dazu ausersehen sind, den besonderen Zwecken gerade dieses Gegenstandes zu dienen. Im Keller eines Wohnhauses eingegrabene Weinbehälter — dolia — stehen dem perpetuus usus aedificii fremd gegenüber; sie setzen besondere Betriebe voraus, mit welchen das Haus an sich nichts gemein hat. Sie sollen deshalb — etiamsi aedificio cohaerent — keine Bestandteile sein, sodern nur als sog. instrumentum fundi gelten, d. h. als völlig selbständige Sachen, welche entweder einem gewissen Gewerbe oder zum Schutz und zur Sicherung des Gebäudes zu dienen bestimmt sind. Anders wird entschieden, wenn die dolia im Boden eines Warenspeichers eingegraben waren. Hier sind sie in der That eng mit dem usus der Hauptsache verbunden.[681]

Ein Haus, dessen Fundament gelegt, ein Schiff, dessen Kiel hergerichtet wurde, gilt als bereits in der Wirklichkeit vorhanden.[682] Der Weg bis zur körperlichen Vollendung ist zwar noch ein sehr ungewisser, indessen die Philosophen lehrten, dafs schon der abgeschlossene Begriff allein im Geiste

— animus — des Erbauers konzipiert und zur Realität erhoben werden könne. Dem haben sich die klassischen Rechtslehrer voll und ganz angeschlossen. Die Person, welche vermöge der κίνησις die Sachen auszuführen berufen ist, trägt die Zweckbestimmung in sich und alles hängt davon ab, ob ihr „consilium" noch auf dieses Ziel gerichtet ist, ob ihre Gedanken sich vom Objekte noch nicht losgelöst haben. Den Zusammenhang der Teile bedingt also und bestimmt zunächst der Begriff; auf die gröfsere oder geringere Stärke und Innigkeit ihrer physischen Verbindung kommt es gar nicht an: Steine, Balken, Bretter und Planken, die fest vermauert und ineinandergefügt wurden, bringen den Begriff eines Wohnhauses genau ebenso zum Abschlufs, wie lose angehängte Thüren, Fenster und Verschlüsse oder selbständig bestehende Wasserleitungen.[683] Auf letztere wird nach den besonderen Verhältnissen Roms das gröfste Gewicht gelegt. Ja der Zusammenhang der Teile kann trotz ihrer physischen Auflösung durch den Begriff allein aufrechterhalten werden. Trotzdem die Bretter und Planken eines Schiffes auseinander genommen sind, bleiben sie dennoch seine Bestandteile, so lange im Geiste — mens, animus — des Eigentümers der Begriff der konkreten Sache als etwas Reales fortlebt; sie bleiben, obgleich sie irgendwo aufgeschichtet daliegen und ihnen niemand ihre Zusammengehörigkeit ansehen kann, dennoch Teile einer wirklichen Sache, genau so wie eine Reihe scheinbar selbständiger Gegenstände wie Wasserleitungen, Thüren, Vorfenster und Schlüssel partes aedificii sind.[684] Erst wenn das Haus völlig dem Erdboden gleichgemacht, der Kiel des Schiffes zerstört ist, kann der Begriff sich auf nichts Konkretes mehr stützen und mufs sich daher zur allgemeinen Abstraktion auflösen.

Auf diese platonisch-stoische Begriffslehre stützt sich vor allem Paulus in seiner berühmten L. 83. § 5. in fin. Dig. de verb. obligat. 45. 1:

> Et navis si hac mente resoluta est, ut in alium usum tabulae destinarentur, licet mutato consilio perficiatur, tamen et perempta prior navis et haec alia dicenda est: sed si reficiendae navis causa omnes tabulae refixae sint, nondum intercidisse navis videtur et compositis rursus eadem esse incipit: sicuti de aedibus deposita tigna ea mente, ut reponantur, aedium sunt, sed si usque ad aream deposita sit, licet eadem materia restituatur, alia erit. cf. L. 65. § 2. Dig. de leg. 1.

Im Geiste lebt die Idee, im Geiste wird sie zerstört und die körperliche Auflösung ist für den Bestand der Sache, für den Zusammenhang ihrer Teile bedeutungslos, solange die Realität des Begriffes in der Seele des Eigentümers fortdauert. Wenn sich aber der animus domini hiervon losgesagt hat, dann bricht die Sache, wie sie bisher bestand, zusammen und ihre Teile werden selbständige Objekte.

Was sollte mit diesem Quellenzeugnisse der moderne Jurist, welcher von jenen metaphysischen Systemen nichts wufste und verstand, beginnen?[685] Wie hätte sich die Praxis oder das wirtschaftliche Interesse zur Behauptung zu stellen, dafs der Eigentümer im Geiste die aufgelösten Stücke dennoch als Begriffsganzes festhalte? Ist es nicht eine arge Zumutung vom Verkehr mit seinen äufserlichen, rein empirischen Kriterien zu verlangen, er solle weitgehende rechtliche Wirkungen von subjektiven Entschlüssen des Eigentümers abhängig machen, die etwas rein Innerliches sind und am Sachkörper sich nicht erkennen lassen? Kann man es einem Bretterstapel ansehen, dafs ihn der Eigentümer vorübergehend

„ea mente“ aufgeschichtet hat, um aus ihm das zeitweilig zerstörte Haus oder Schiff wieder herzustellen? Wie oft könnte der Eigentümer seine Absicht ändern, ohne dafs irgend jemand im stande wäre, anzugeben, was nun die endgültige Lage der Dinge sei, ob die Baumaterialien als selbständige Einzelsachen oder als Teile eines Ganzen gelten sollen.

Der Begriffsrealismus der klassischen Antike ist uns fremd geworden, deshalb sehen wir hier nichts, als unbrauchbare, rechtlich wertlose subjektive Erwägungen. Jener objektive Sachbegriff der Alten, das einzig Wirkliche, kann sich nur im Geiste, im consilium gestalten. Wenn der Eigentümer den Plan aufgiebt, das auseinandergenommene Schiff wieder zusammen zu fügen, so vernichtet er schon durch seinen Entschlufs nach den Lehren der antiken Philosophie eine Realität — die Idee des konkreten Schiffes, während der moderne Jurist hier nur von einer Sinnesänderung spricht, die solange sie etwas Innerliches bleibt, rechtlich keine Bedeutung hat.

Kraft dieses Begriffrealismus könnte vielleicht auch ein Grundstück aus Bestandteilen kombiniert sein, obgleich im allgemeinen jede abgegrenzte Parzelle der Erdoberfläche als selbständiger Körper angesehen wird. Liefse sich etwa die „universitas fundi“[686] des Landgutes nicht als abgerundeter Begriff denken? Mit seinen Wiesen, Wäldern und Vorwerken bildet es gewissermafsen eine geschlossene Einzelsache. Solche Bestandteile treten, wie der Jurist sich ausdrückt, zur Universitas nach dem Prinzip der alluvio hinzu.[687] Das ist ein vortreffliches Bild; der Accessionsprozefs betrifft hier aber nicht die körperliche Erscheinung des fundus, sondern seinen Begriff und das „consilium domini“ ist es, welches aus mehreren physisch separierten Grundstücken die universitas fundi schafft.

## § 17. Die wesentlichen Bestandteile und die sog. Pertinenzen.

Unsere Darstellung ergiebt, wie wir weiter sehen werden, mit Notwendigkeit, dafs die klassischen Rechtslehrer eine besondere Kategorie der Pertinenzen neben den Bestandteilen jedenfalls nicht anerkannt, oder vielmehr überhaupt nicht gekannt haben. Dasjenige, was neuere Forscher unter dieser Benennung verstehen, galt den römischen Juristen entweder als wirklicher Bestandteil oder als völlig selbständiges Objekt. Denn Dinge, die zum Begriff der Sache nicht gehörten, waren ganz ebensowenig Bestandteil, wie Pertinenz.

Schon Göppert[688] ist durch empirisch-kasuistische Quellenuntersuchungen dahin gelangt, die Pertinenzqualität nach römischem Recht auf einige wenige Gegenstände zu beschränken. Das Resultat seiner Prüfung hat kaum Widerspruch gefunden und ist gewissermafsen zur herrschenden Meinung geworden. Aber auch die wenigen von Göppert anerkannten Fälle bilden keine besondere rechtliche Kategorie. Die Pfähle z. B., welche vorübergehend aus dem Weinberg entfernt wurden, sind trotzdem richtige Bestandteile der Pflanzung, weil eine regelrecht gepflegte Rebe ohne stützenden Pfahl begrifflich gar nicht gedacht werden kann. Solche Pfähle sind durch das „consilium domini" genau so gut mit dem Wesen des Weinberges verbunden, wie das zeitweilig ausgeschiedene Baumaterial mit dem Hause oder dem Schiff. Neu angeschaffte „pali", die noch in gar keinem begrifflichen Zusammenhang mit dem Grundstück gestanden haben, kommt dagegen die Teilqualität nicht zu, sie sind selbständige Sachen und haben ihr eigenes rechtliches Schicksal. Ebenso sind Dünger und Streu, welche der Besitzer auf seinem Grundstück „ea mente" ansammelt, um damit die Kultur seiner Felder zu betreiben, durch den „animus domini" begrifflich

mit der Erde verschmolzen und zugleich „pars fundi“ geworden. Dagegen wird ein zu Verkaufs- oder Handelszwecken angelegtes Düngerlager als selbständige Sache angesehen.[689]

Inwieweit Schlüssel und Schlösser wirkliche Bestandteile eines Hauses sind, haben wir bereits früher ausgeführt.

Mit diesen Beispielen ist die Göppert'sche Kasuistik erschöpft. Aber auch die Terminologie der römischen Juristen gibt uns keinen Halt für die Anerkennung einer besonderen Kategorie der Pertinenzen. „Propter aedes habetur“ gilt von allen den Dingen, welche begrifflich zum Hause gehören, welche, wie es an andern Stellen heifst, „aedium sunt“. Beim Ausdruck „quasi pars rei“ geht der Jurist von der fafslicheren Erscheinungswelt aus und bezeichnet den Begriffsteil als etwas dem körperlichen Teil Analoges. Das ist natürlich keine streng philosophische Redeweise und widerspricht scheinbar jener Doktrin, wonach der Begriff und seine Teile gerade das primäre sind. Indessen handelt es sich hier darum, auch dem Laien ihm unbekannte Gesichtspunkte näher zu bringen, da erscheint denn begreiflicherweise die empirische Welt als geeignetes Vergleichsobjekt.

Die modernen Juristen bezeichnen in der Regel als Pertinenz diejenigen Gegenstände, welche ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dieser bleibend zu dienen bestimmt sind. Auch im Altertum hat es nicht an Schriftstellern gefehlt, die vom Begriff und seinen Grenzen absahen und in diesem Dienst — adjutorium — das Kriterium der Teilqualität erblickten: „ergo quia adjuvat pars est“. Selbst da also, wo die antiken Autoren die nämliche Erscheinung im Auge hatten, welche uns dazu veranlafste, eine besondere Pertinenzkategorie zu kreieren, sprachen sie von Teilen. Übrigens hat Seneca diese

Auffassung vom Wesen der Bestandteile als falsch und verschwommen gemifsbilligt:

Epist. 88. (lib. XIII. 3) 24. 25: Cum ventum est ad naturales quaestiones, geometriae testimonio statur: ergo, quia adjuvat, pars est. Multa adjuvant nos nec ideo partes nostrae sunt. immo si partes essent, non adjuvarent: cibus adjutorium corporis est, non tamen pars est.

## § 18. Das consilium domini als objektive Thatsache in der Lehre von den wesentlichen Bestandteilen.

In der Verbindung der philosophischen Begriffslehre mit den gegebenen Formen des altrömischen Civilprozesses liegt die reformatorische Bedeutung der klassischen Rechtswissenschaft. Dieser angestrebte Ausgleich der als allein gültig anerkannten Weltanschauung mit den unbeugsamen Normen des herrschenden Rechts vollzieht sich nicht ohne Schwierigkeiten. Denn mag man mit der antiken Philosophie den Begriff immerhin als Realität betrachten, so bedarf es zu seiner konkreten Herstellung doch stets einer Funktion der ψυχή, des animus, des consilium, d. h. subjektiver, äufserlich nicht immer fixierbarer Vorgänge. Daraus können für die Praxis ohne Zweifel Schwierigkeiten entstehen. Sie soll mit Verhältnissen rechnen, welche durch augenblickliche Sinnesänderung des Subjekts hervorgerufen und ebenso schnell beseitigt werden können. Die Ergänzung des Fundaments zum Hause, des Kieles zum Schiff ist in der Vorstellung des Erbauers oder Eigentümers nach ihm bekannten Plänen das Werk einer Minute, aber nur in seinem Geiste hält er dasjenige fest, was im Rechtsgeschäft und Prozefs als objektive Wirklichkeit anerkannt werden soll und fremde Interessen beeinflussen kann. Den Philosophen

fochten natürlich diese Erwägungen nicht weiter an. Ihm war die Idee das allein Wirkliche. Wie eine körperliche Sache so wird auch der Begriff geformt, geschaffen und wieder zerstört und hat er einmal aufgehört zu bestehen, so kann er nicht beliebig wieder hervorgerufen oder gebannt werden. Stetes Schwanken in Bestand und Vergehen verträgt sich nicht mit seiner Realität. Für die Juristen aber brachte dieser völlige Mangel an äufseren Erkennungszeichen des physischen Vorganges beim Entstehen und Untergang der Begriffe Zweifel und Übelstände mit sich. Das Recht bedurfte durchaus eines empirisch fafsbaren Kriteriums. Es mufsten für den Begriff gewisse äufsere Merkmale vereinbart werden, da sich sonst die Grenzen seines Seins und Nichtseins im Raume verwischten. Damit z. B. ein Haus begrifflich als existent gelte, war es erforderlich, dafs wenigstens sein Fundament vorhanden sei, der Begriff eines Schiffes wird äufserlich durch den Kiel dargestellt.[690] Auf dieser sinnlich wahrnehmbaren Grundlage ergänzt und vereinigt dann die Idee alle, sei es auch körperlich getrennten, Bestandteile zum Ganzen. Dafs aber der Jurist den Begriff des Hauses mit dem Fundament, des Schiffes mit dem Kiel identifiziert, ist immerhin ein Zugeständnis an das „empirische Leben", dessen der Philosoph für seine Deduktionen nicht bedurfte. Durch diese körperliche Grundlage wird eine Präsumption ermöglicht, welche für den Beweis der Realität des g a n z e n Wesens von der gröfsten Bedeutung ist. Denn der vollendete Begriff hat seinen Sitz im animus domini, der wie jede für den Bestand des Objekts und seine Rechtslage wesentliche Thatsache im Streitfalle dargethan werden mufs; nicht im Sinne einer vorübergehenden Laune oder Stimmung, sondern als schaffende Potenz und insofern als objektive Thatsache.

Auf Grund der gegebenen Präsumption wird die Möglichkeit einer solchen Beweisführung natürlich niemand bestreiten. Wenn z. B. ein bebautes Grundstück mit dem Fundament eines unvollendeten oder im Abbruch befindlichen Hauses verkauft wurde, so kann die Frage auftauchen, was Gegenstand des Vertrages war, die vorhandene Ruine oder das vollendete Gebäude mit allen Bestandteilen, die zu seinem Begriff und seiner Zweckbestimmung — dem perpetuus usus aedificii — gehörten? Im Zusammenhang damit steht die weitere Frage, ob auf dem verkauften Grundstück aufgestapelte Baumaterialien als Bestandteile dieses unvollendeten Gebäudes gelten sollen oder als selbständige Sachen? Solange das Fundament und die übrigen Bestandteile des Hauses, sei es auch aufgelöst, noch auf dem verkauften Grundstück vorhanden sind, ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daſs mit dem Grundstück auch der Begriff eines vollendeten Gebäudes in den Kaufvertrag aufgenommen wurde. Unter diesen Umständen hat also der Verkäufer zu beweisen, daſs er noch vor Abschluſs des Geschäfts die Zerstörung des Hauses „eo consilio" vorgenommen habe, damit es zu existieren aufhöre, nicht aber um das Material wieder mit dem Fundament zu vereinigen und der früheren Zweckbestimmung zu erhalten. Zugleich mit dem Begriffe wäre die Sache selbst vernichtet und was vor dem Abschluſs des Vertrages aufgehört hat „in rerum natura" zu sein, kann seinen Gegenstand nicht bilden.[691] Der Beweis dieses „consiliums" gilt als erbracht, wenn das ausgeschiedene Baumaterial z. B. noch vor dem Verkauf des Grundstückes veräuſsert, wenn ein Teil davon gleichfalls bereits früher zu anderen Arbeiten verwandt oder vom Verkäufer absichtlich zerstört worden war.

Umgekehrt kann der Verkäufer alles dasjenige Material für sich in Anspruch nehmen, welches ohne jede Beziehung zu einem Fundament auf dem fraglichen Grundstücke zurückblieb, es sei denn eine besondere Verabredung getroffen worden. Immer und immer wieder betonen die klassischen Rechtslehrer, dafs als „pars aedificii vel navis“ nur diejenigen Gegenstände angesehen werden dürfen, welche vor Auflösung und Abbruch der Hauptsache in ihr thatsächlich gesteckt haben, auf welchen gewissermafsen der Stempel des animus domini ruht.[692] Auch hierin liegt eine Konzession an die „Welt der Thatsachen“, welche den Beweis im Prozefs erleichtern soll. Alles, was nie mit dem Gebäude oder Grundstück verbunden war, soll keine Teilpräsumption für sich haben. Ursprünglich scheint allerdings eine Ansicht verbreitet gewesen zu sein, wonach ruta und caesa schlechtweg als „partes“ des verkauften Landes gelten sollten. Die auf dem Grundstück geschlagenen Stämme, der auf ihm gegrabene Sand wurden auch ferner noch, so lange sie sich auf ihm befanden, als seine Bestandteile angesehen. Man forderte, dafs der Verkäufer, wenn er andern Sinnes war, im Vertrage besondere Verfügungen über diese Dinge treffe und sie vom Verkauf ausdrücklich ausnehme. Gallus Aquilius hat hierin Wandlung geschafft und die „ruta caesa“ als selbstständige Sachen anerkannt, wie jedes auf dem Grundstücke vorhandene neue Baumaterial.[693] Aber auch späterhin mufste zunächst prozessualisch mit Hilfe der actio ad exhibendum die gesonderte Existenz dieser Gegenstände anerkannt werden, bevor man zu ihrer Vindikation schreiten durfte. Im Gegensatz zur althergebrachten Präsumption verlangte man, dafs ihre Selbständigkeit in jedem einzelnen Falle gewissermafsen konstituiert werde, da sie vor jener Anerkennung kein Vindikationsobjekt

seien. Moderne Schriftsteller haben behauptet, die actio ad exhibendum funktioniere in diesem Zusammenhang nur als Stellvertreterin der rei vindicatio, weil dank jener Klage dem Käufer jede Aussicht auf erfolgreichen Widerstand der drohenden Vindikation gegenüber genommen sei, und er deshalb als verständiger Mann freiwillig restituieren werde.[694] Das könnte mit demselben Recht von den meisten Fällen gesagt werden, wo die actio ad exhibendum um der dinglichen Klage willen vorausgeschickt wird. Aber es trifft auch an dieser Stelle nicht zu. Die actio ad exhibendum hat gerade hier eine hervorragende prinzipielle Bedeutung, auf die wir späterhin nochmals zurückkommen wollen.

Im Zusammenhang mit der Beweisfrage im Prozefs gewinnt wenigstens ein Teil der so oft beanstandeten L. 57. Dig. de contr. empt. 18. 1 für uns einen sehr guten Sinn. Mag immerhin ein nicht unbeträchtlicher, ja der überwiegende Teil kompilatorisches Flickwerk sein,[695] den § 1 nehmen wir entschieden für Paulus und seine Lehre in Anspruch, er bildet ein wesentliches Schlufsglied in der Kette unserer Ausführungen:

> Paulus libro quinto ad Plautium: Sin autem venditor quidem sciebat domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit: si vero quantacunque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emptori quod interest restituere.

Ein auf Vernichtung des Begriffes gerichtetes consilium kann beim Verkäufer dann nicht vorausgesetzt und auch niemals anerkannt werden, wenn das in Frage kommende Haus vor dem Vertragsschlufs durch Zufall, also z. B. durch Feuersbrunst zerstört wurde. Sobald hier „quantacunque pars“, d. h. unter allen Umständen mindestens das Fundament noch er-

halten ist, besteht der Begriff in seiner Realität, das Objekt ist vorhanden, der Vertrag giltig und mufs durch Übergabe des vereinbarten Gegenstandes in seiner Gesamtheit mit allen Bestandteilen erfüllt werden. Allerdings gilt das zufällig ausgebrochene Schadenfeuer als vernichtende Thatsache genau so gut wie das auf die Zerstörung gerichtete consilium, und ist das Haus dem Boden gleichgemacht, so haben, wie wir später sehen werden, beide Kräfte auch die gleiche rechtliche Wirkung. Indessen das erhaltene Fundament ist mit dem Begriffe des ganzen Gebäudes nur so lange identisch, als jener nicht durch das consilium domini aufgelöst wurde. Ein solcher Entschlufs fehlt im gegebenen Fall und er kann bei einem Brande auch nicht einmal vermutet werden, denn wo das Delikt des Versicherungsbetruges unbekannt ist, erscheint die Präsumption, der Eigentümer habe sein Haus selbst in Brand gesteckt, als ausgeschlossen. Man gelangt also zu folgendem Ergebnis: liegt teilweise Vernichtung der Sache durch Zufall vor, so deckt und erhält z. B. das Fundament oder quantacunque pars aedificii den Begriff des Gebäudes absolut, in jedem anderen Fall einer partiellen Zerstörung kann der Eigentümer beweisen, dafs sein consilium auf die endgiltige Beseitigung der Sache gerichtet war. Damit wird zugleich der Begriff von seiner körperlichen Grundlage getrennt und aufgelöst.

Also nicht subjektive Willensmeinungen der Partei werden hier untersucht, sondern die objektive Frage von der Existenz der Sache und ihrer Bestandteile. Diese Frage allein ist mafsgebend für die Haftung aus dem Kontrakt, denn was nicht besteht, kann nicht geleistet werden. An die Stelle der Übergabe der vereinbarten Species tritt dann die Verpflichtung zur Interessenvergütung. Ein bis auf den Grund verbranntes oder abgetragenes Haus existiert begrifflich nicht mehr

und soll es wieder hergestellt werden, so bedarf es dazu eines neuen consiliums, einer erneuten Vorstellung im animus des Erbauers. Das Material, sofern es überhaupt noch vorhanden ist, hat aufgehört pars aedificii zu sein, und hier mufs im Streitfalle der Käufer den Beweis führen, dafs überhaupt ein Gebäude und nicht ein unbebautes Grundstück verkauft wurde. Gelingt ihm dieser Beweis, so kann trotzdem die Species des Hauses nicht geleistet werden, der Verkäufer haftet aber für den Schaden.

Jetzt vermögen wir die tiefe Kluft zwischen der antiken Denkmethode und unseren modernen Anschauungen zu erkennen. Denn während der klassische Rechtslehrer im Begriff eine allgemeine Norm besafs, die als objektive Wahrheit über den subjektiven Behauptungen und Erklärungen der streitenden Parteien stand, können wir im animus oder consilium nichts weiter entdecken als stetem Wechsel unterworfene, persönliche Erwägungen, welche auf die Rechtslage keinen Einflufs ausüben dürfen. Die völlige Unkenntnis der allgemeinen Ausgangspunkte und Weltanschauungen der römischen Juristen hat ihre schädlichen Wirkungen in doppelter Weise ausgeübt. Man versuchte entweder den unverständlichen Sinn der Quellen willkürlich umzugestalten und ihn dadurch dem modernen Erkenntnisvermögen näher zu bringen, oder man brach rückhaltlos den Stab über die Einsicht und die Urteilsfähigkeit einzelner, ja sehr hervorragender Vertreter der antiken Jurisprudenz. Auf einem solchen Mifsverständnis beruht Iherings abfällige, ja erbarmungslose Kritik über Paulus,[696] „den wüsten Fanatiker im Konstruieren“. Iherings Urteil wäre vielleicht milder ausgefallen, wenn er die Hintermänner der klassischen Rechtslehrer Plato und Aristoteles gekannt hätte. Die „berüchtigten“ Konstruktionen erscheinen in einem wesentlich

anderen Licht, insofern sie sich als Ausflüsse einheitlich geschlossener Weltanschauungen und anerkannter philosophischer Systeme darstellen. Was Ihering seinerzeit gegen den animus possidendi vorbrachte, hat viel Beachtung gefunden, wenngleich man sich schon damals hätte sagen können, dafs es vielleicht übereilt sei, Äufserungen eines Klassikers von der Bedeutung des Paulus für absurdes Geschwätz zu erklären, sobald sie nicht in den Rahmen unseres Verständnisses hineinpassen. Auch der animus possidendi ist keine blofse subjektive Gemütslaune, sondern ein objektives Moment mit ganz bestimmten allgemeinen Merkmalen und Wirkungen; er bedeutet die Herrschaft über die begriffliche Seite der Sache, während das sog. corpus die streng körperliche Funktion betrifft. Es ist klar, dafs diese Philosophie auch auf die Besitzlehre der römischen Juristen von Einflufs sein mufste. Zu dieser Frage wollen wir in einem andern Zusammenhang nochmals zurückkehren.

### § 19. Der Sachbegriff und seine wesentlichen Bestandteile im Prozefs.

Die Beziehungen der Juristenphilosophie zu den gegebenen altrömischen Prozefsformen tritt mit besonderer Deutlichkeit in der Art hervor, in welcher die actio ad exhibendum seitens der klassischen Rechtslehrer für unsere Frage verwertet wurde.

Bekanntlich führte diese Klage nicht zur Anerkennung selbständiger Privatrechte, sie hatte eine blofs präparatorische Bedeutung und sollte den Prozefs um das Recht selbst vorbereiten und unterstützen. „Propter vindicationem“ ist sie eingeführt, also vorzugsweise um der Klagen[697] willen, deshalb brauchte hier nicht das Recht selbst bewiesen zu werden, es genügte, wenn ein Interesse an der Vorweisung der Sache

dargethan wurde. Das Ziel der actio ad exhibendum bestand z. B. in der Herausgabe von Dokumenten und andern Beweisstücken, in Vorzeigung der Wahlobjekte behufs Erfüllung einer Alternativobligation. Vor Anstellung der Noxalklagen konnte die Exhibition sämtlicher Sklaven des Gegners verlangt werden, um festzustellen, wer von ihnen den Schaden verursacht habe.[698] Ganz besonders aber diente die actio ad exhibendum den dinglichen Klagen und ihren Zwecken.

Man benutzte sie, um mit ihrer Hilfe das Streitobjekt zu bestimmen und abzugrenzen.[699] Ihrer bedienten sich schlieſslich auch die römischen Juristen, um eine selbständige Sache, welche, ohne begrifflicher Bestandteil einer andern zu sein, mit dieser körperlich verbunden war, auch physisch so abzusondern, wie es ihrer begrifflichen Selbständigkeit entsprach. Indessen gerade diese Anwendung der actio ad exhibendum verursacht nach der antiken Auffassung vom Begriff und seinen Teilen scheinbar einige Schwierigkeiten. Weshalb bedurfte der klassische Jurist von seinem philosophischen Standpunkt aus noch dieser Klage, um einen Gegenstand körperlich und äuſserlich zu separieren, welcher ihm begrifflich, d. h. doch eben in der primären, maſsgebenden Hinsicht bereits als abgesondert galt? Erschien dem Rechtslehrer die Sache in der Idee als selbständiges Rechtsobjekt, so war es doch völlig gleichgültig, in welchem Verhältnis sie zu einem andern Körper stand. Das am Wagen befestigte Rad abzuschrauben, einen Edelstein aus seiner Metallfassung zu lösen,[700] ist nicht schwieriger als z. B. Gegenstände hervorzusuchen, die in Kisten oder Schränken sorgfältig verpackt und eingeschlossen sind. Und wenn alles das dem Beklagten zu umständlich erschien, so konnte er nach dem klassischen Vindikationsrecht die sog. litis aestimatio leisten. Diesem dem Kläger möglicherweise wenig zusagenden

Ausgang entgegen zu wirken, war aber auch die actio ad exhibendum nicht im stande, da auch sie die litis aestimatio in ihrer Formel berücksichtigte.[701] Nach der Auffassung also, welche die klassischen Juristen vom Wesen der Einzelsache hatten, konnte selbst eine körperliche Verbindung mit anderen Gegenständen die unmittelbare Vindikation des Streitobjektes nicht verhindern.

Indessen dieser unvermittelten Eigentumsklage stand die altrömische Civilprozeſsordnung im Wege. Das jus civile kannte keine Scheidung zwischen dem Begriff der Sache und ihrer körperlichen Erscheinung. Nach jener naiven, ursprünglichen Auffassung muſste zweierlei festgehalten werden: die sinnliche Wahrnehmung des Gegenstandes und eine entsprechende Benennung für diese Wahrnehmung. Im Namen liegt die einzige Abstraktion, deren dieses Entwickelungs- und Kulturstadium überhaupt fähig war. Diesen äuſserlichen Charakter des alten Prozesses müssen wir uns unbedingt vergegenwärtigen, wenn wir seine Rechtswirkung verstehen wollen. „Kann ein Ding sofort mit den Händen ergriffen und vor den Prätor geschleppt werden, oder kann es dies nicht? Die Quellen verweigern im ersten Fall die rei vindikatio und verlangen die vorhergehende Anstellung der actio ad exhibendum, im zweiten Falle lassen sie die rei vindicatio sofort zu.“[702] Das klingt zwar in dieser Fassung schroff, geht aber doch nicht sehr weit am Ziele vorbei.

In der Prozeſsformel stand natürlich nur der Name der streitigen Sache, und da das entsprechende körperliche Objekt regelmäſsig nicht zur Stelle war, so galt während des ganzen Verfahrens der Formelinhalt als maſsgebend. Zwar wurde die Möglichkeit eingeräumt, daſs die Bezeichnung und der Körper sich nicht deckten, das Gericht nahm aber nur von der in

der Formel eingetragenen Benennung Notiz, nur ihre Zulässigkeit und Gesetzmäfsigkeit wurden geprüft und waren mafsgebend. Wir brauchen blofs an die Praxis der Legisaktionen zu erinnern, welche nach dem Gesetzestexte eine Klage auf Beschädigung von Weinreben acceptierten, obgleich das Streitobjekt auch Bäume sein konnten. Von diesen sehr seltenen Ausnahmefällen abgesehen, vertritt aber der Name im Prozefs die Streitsache auch thatsächlich und deckt somit auch alles, was in der sinnlichen Wahrnehmung also körperlich mit ihr verbunden ist. Weil aber der alte civile Klagespiegel einen von der physischen Erscheinung gesonderten Begriff der Dinge nicht kannte, und nur das im Formeltext bezeichnete corpus berücksichtigte, so konnte als Teil eines Gegenstandes etwas behandelt werden, was begrifflich nicht zu ihm gehörte, sondern ihm nur vorübergehend, sei es auch physisch, anhaftete. Dieses Ergebnis genügte den metaphysischen Methoden der klassischen Rechtslehrer nicht mehr. Den Stein im Ring betrachteten sie als eine selbständige Sache, ebenso das Rad am Wagen, den Henkel am Kruge, die Verzierung am Leuchter oder Becher, und dennoch durften nach civilem Recht all' diese Dinge kraft ihrer körperlichen Verbindung mit der fraglichen Hauptsache nicht vindiziert werden, da sie durch die „appellatio" der letzteren verdeckt und verhüllt waren. Die Juristen konstruierten den Sachbegriff und seine Teile unabhängig von jeder körperlichen Verbindung. Es kam alles darauf an, diese Auffassung vom materiellen Recht durch die enge Pforte der alten Prozefsordnung zu führen. Das konnte nur dann gelingen, wenn man die fragliche Sache in eine körperliche Lage brachte, die ihrer begrifflichen Selbständigkeit entsprach, und diesem Zwecke liefs sich die actio ad exhibendum dienstbar machen, sobald einer der Kläger nachwies,

dafs er ein Interesse an der Änderung der **thatsächlichen** Situation habe. Indem die actio ad exhibendum die Gegenstände, welche als Begriffe schon selbständig waren, auch physisch trennt, erscheint sie hier als eine Brücke, welche den Übergang vom alten prozessualen zum neuen materiellen Rechtsstandpunkt vermittelt.

Die Notwendigkeit jenes Verfahrens ist für den von uns vertretenen Fall bisher noch nie begründet worden. Allerdings hat Demelius seine Anwendung in diesem Zusammenhang damit erklären wollen, dafs durch die Verbindung der Dinge, z. B. des Rades mit dem Wagen, des Edelsteines mit dem Ringe, das Eigentum verloren gegangen sei. Nach welchem Prinzip hier das dingliche Recht erlösche, ist von ihm nicht nachgewiesen worden. Er meint, die actio ad exhibendum mufste angestellt werden, weil zur Zeit kein Vindikations- resp. Eigentumsrecht bestand. Kein Vindikationsrecht, das ist richtig, wohl aber dauerte das Eigentum, wenigstens nach der materiellrechtlichen Auffassung der klassischen Juristen, an der gemma, dem Rade u. a. m. fort, denn wo den antiken Rechtslehrern das Eigentum infolge der Verbindung als verloren galt, da forderten sie auch keine actio ad exhibendum. Vindikationsrecht und materielles Eigentum sind aber nicht identisch. Der ganze Gegensatz zwischen der älteren und neueren Rechtsbildung läfst sich darauf zurückführen, dafs die frühere Anschauung, vom Prinzip des äufseren Rechtsschutzes völlig beherrscht, einem materiellen Recht, welches durch keine Klage geschützt war, keine Beachtung schenkte, ja ein solches sich nicht einmal vorzustellen vermochte. Erst im Prozefs kam das Recht zur Geltung und ein Recht, welches nach seiner Beschaffenheit hier nicht bestehen konnte, galt überhaupt nichts oder wurde wenigstens nicht weiter beachtet. Der wichtige

Fortschritt der klassischen Jurisprudenz ist darin zu erblicken, dafs sie sich Rechenschaft gibt vom Wesen des Rechtes im Zustand der ruhigen Wirksamkeit, unabhängig von Angriff und Verteidigung in seinen Beziehungen zum Verkehr und zur Natur. Der klassische Jurist erhebt das Recht zu einem Zweige der allgemeinen Erkenntnistheorie.

### § 20. Der Sachbegriff und seine wesentlichen Bestandteile in letztwilligen Verfügungen.[703]

In den letztwilligen Verfügungen findet die Lehre von den Bestandteilen keine konsequente Anwendung. Es handelt sich hier nicht um die Beurteilung und Vereinigung widerstreitender Willensmeinungen mit Hilfe objektiver metaphysischer Gesetze, sondern um die Auslegung eines Willens, der lex privata des Testators. Auf diesem Gebiete herrscht das psychologische Moment und es gelangt jene Interpretationskunst zur Anwendung, mit welcher die Römer das normale Seelenleben bis in seine intimsten Winkel und Falten durchforschten. Vom Testator allein hängt es ab, wie die zu seinem Nachlafs gehörigen Sachen behandelt werden sollen, in seiner Hand liegt es, die Gegenstände nach Gutdünken zu gruppieren, zu Gesamtheiten — z. B. zum instrumentum — zu vereinigen oder in ihre Bestandteile aufzulösen. Diesem Willen gegenüber gibt es keine absoluten Begriffe, und wo die metaphysischen Normen über die Idee und Bestandteile der Sache mit der Auslegung jenes Willens kollidieren, müssen sie unterliegen und zurücktreten. Bei dieser Interpretation finden bekanntlich nicht nur Worte, sondern auch konkludente Handlungen die allerweiteste Berücksichtigung, und dem mit solchen Mitteln befestigten Gesetze des Testators haben sich Erben und Legatare zu fügen, selbst wenn sie den Nachweis führen

können, daſs allgemein gültige Regeln der Erkenntnislehre über die Entstehung, das Wesen und die Bestandteile der Dinge verletzt sind. Es genügt z. B., daſs der Erblasser an sich selbständige Körper bis zu seinem Tode in physischer Verbindung mit dem vermachten Hause belieſs, um sie als Bestandteile zu charakterisieren. Die „res adfixae" fallen auf Grund solcher konkludenter Handlung und der sich hieraus ergebenden Willensinterpretation ohne weiteres unter das Vermächtnis der Hauptsache, während in anderen Rechtsverhältnissen die körperliche Verbindung keineswegs hinreicht, um die Teilqualität zu begründen. Bei Vermächtnissen wird die Möglichkeit anerkannt, daſs eingegrabene Weinurnen „pars fundi" sein können, in Verträgen hätte man das ohne weiteres nicht zugegeben.[704] Ebenso heiſst es von der „statua adfixa", daſs sie im Vermächtnis nicht „instrumentum", sondern „portio" des Hauses sei, während in Bezug auf andere Rechtsgeschäfte kraft der allgemeinen Erkenntnistheorie gesagt wird: „statuae adfixae non sunt aedium"?[705] Aber auch in den letztwilligen Verfügungen gelten solche Bildsäulen als Bestandteile nicht deshalb, weil sie etwa den Zweckbestimmungen des Hauses, der Vollendung — perfectio — seines Begriffes dienen; entscheidend ist das Verhalten des Erblassers, welches die Annahme rechtfertigt, daſs er diese Gegenstände deshalb mit dem Hause verbunden habe, um sie mit ihm zusammen zu vermachen. Jede spätere Meinungsverschiedenheit darüber, ob das Ding nach metaphysischen Regeln als Einzelsache oder Bestandteil anzusehen sei, kann jederzeit unter Hinweis auf den Beschluſs des Testators — verba et voluntas defuncti — zurückgewiesen werden.[706] Da diese lex privata allein entscheidet, so spielt auch die äuſserliche Begriffsbestimmung keine maſsgebende Rolle. Es ist daher ganz gleichgültig, ob

der Erblasser eine Sache als Teil — portio — direkt bezeichnet, oder einfach erklärt hat, es solle z. B. ein Grundstück mit allem herausgegeben werden, was sich beim Eintritt des Todes auf ihm befand.[707]

In analoger Weise kann der Testator auch Sachen, welche von ihm ursprünglich als selbständige Objekte vermacht waren, mit anderen Körpern verbinden und dadurch seine Verfügung aufheben. Unter sonstigen Verhältnissen, z. B. bei Kontrakten, würde man die Frage aufwerfen, ob die verbundenen Gegenstände als begriffliche Bestandteile eines Ganzen anzusehen seien oder nicht. Wenn nicht, so liefse sich mit Hilfe der actio ad exhibendum die Trennung der Dinge von einander und ihre Vindikation durchsetzen. Bei letztwilligen Verfügungen wird davon ganz abgesehen, denn nicht die objektive Wirkung jener Verbindung kommt hier in Betracht, sondern der Wille des Erblassers, welcher sich in der Behandlung des fraglichen Körpers erkennen läfst. Ja es dürfen sogar begriffliche Bestandteile einer Sache, ohne dafs die Teilqualität zuvor aufgehoben wäre, als selbständige Objekte vermacht werden. Dem Erben oder Legatar wird es überlassen, die Trennung später vorzunehmen.[708]

Die Aufhebung eines Legats erfolgt unter anderem in der Weise, dafs der Testator die legierte Sache nachträglich in ihre Bestandteile auflöst. Das Vermächtnis eines Niefsbrauches am Schiff oder Hause erlischt, wenn der Erblasser diese Objekte selbst späterhin abgebrochen und zerstört hat. Ein solcher Akt gilt als hinreichender Ausdruck seiner Sinnesänderung. Hierin liegt an sich auch gar kein Widerspruch zur Behandlung der Begriffe in Verträgen; ein prinzipieller Unterschied tritt aber dadurch zu Tage, dafs die letztwillige Verfügung aufgehoben bleibt, trotzdem Schiff oder Gebäude vom Testator

selbst aus demselben Material wieder hergestellt wurden.[709] In Verträgen wäre die Wirkung eine andere, denn nach der allgemeinen Erkenntnislehre gälte der Begriff des Schiffes oder Hauses noch nicht als unbedingt zerstört, er könnte im animus des Subjektes aufrecht erhalten sein. Hatte die Restaurierung auf dem früheren Kiel oder Fundament stattgefunden, so betraf die körperliche Zerlegung nur vorübergehend das physische Substrat der Sache, weil die Bestandteile „hac mente“ auseinander genommen wurden: „ut reponerentur“. Beim Vermächtnis aber fragte man nicht danach, ob der Begriff des Dinges objektiv fortbestehe oder nicht, sondern beschäftigte sich nur mit den Wandlungen im subjektiven Willen des Testators. Diesem Willen aber ist durch, sei es auch nur zeitweilige, Zerstörung der Sache die sichere Grundlage entzogen. Es liegt die Möglichkeit eines Schwankens vor: „ambulatoria est voluntas usque ad vitae supremum exitum“?[710] Das ist ein wichtiges psychologisches Moment. Der Testator mufste sich sagen, dafs ihn der Tod unmittelbar nach Zerstörung des Hauses oder Schiffes ereilen konnte und dafs alsdann der vermachte Gegenstand im Nachlafs nicht mehr vorgefunden würde; dem hätte er durch besondere Verfügungen vorbeugen können, falls ihm an der Aufrechterhaltung seiner Zuwendung gelegen war. Dafs er es unterliefs, spricht für die Änderung seiner Entschlüsse.

Umgekehrt gilt das Legat eines Hauses nicht als aufgehoben, wenn das Gebäude, sei es auch bis auf den Grund, wider den Willen des Testators, z. B. durch Feuer, zerstört wurde. Der Erbe hat in diesem Falle die „area“ den Baugrund herauszugeben, denn auch ihn wollte der Erblasser mit dem Hause dem Legatar zuwenden.[711] Bei einem negotium inter vivos würde man anders entscheiden. Wie wir wissen, gilt

ein bis auf den Erdboden zerstörtes Haus auch begrifflich als nicht mehr vorhanden und kann daher auch nichts mehr, auch nicht der Baugrund geleistet werden.

Wir haben hier eine Reihe von Entscheidungen der klassischen Juristen angeführt, die auf den ersten Blick eine widersprechende Behandlung durchaus gleichartiger Thatbestände erkennen lassen. Nach dem bisher in der modernen Rechtswissenschaft üblichen Verfahren hätte man es wahrscheinlich entweder versucht die Gegensätze durch oft recht gewagte Sophismen zu „vereinigen“, oder über die grofse Nachlässigkeit der Kompilatoren geklagt, welche trotz aller entgegengesetzten Versprechungen Justinians immer wieder Antinomien in ihrer Arbeit zugelassen haben. Aber gerade diese scheinbaren Widersprüche gewähren uns ein treffliches Bild der den klassischen Rechtslehrern eigentümlichen Denkmethode. Sie bezeichnen uns die verschiedenen Gesichtspunkte, von denen aus der einzelne Thatbestand oder das einzelne Objekt je nach seiner besonderen und wechselnden Stellung zum Leben oder in der Natur behandelt wurde.

---

Obgleich in den letztwilligen Verfügungen das subjektive, psychologische Moment die entscheidende Rolle spielt, wird bei ihrer Interpretation die objektive Theorie von den Bestandteilen keineswegs grundsätzlich verbannt. Sie steht zwar nicht im Vordergrund, bildet nicht das leitende Motiv, bewahrt aber gewissermafsen subsidiäre Bedeutung. Denn wo keine Kollision mit der lex privata des Erblassers zu befürchten ist, kommen die allgemeinen Erkenntnislehren unbedenklich zur Anwendung und man greift zu den philosophischen Regeln, insofern sie dazu dienen, unklare Momente in den Handlungen oder

im Verhalten des Testators zu beseitigen. So z. B. wird in Bezug auf letztwillige Verfügungen die Frage aufgeworfen, was zum Begriff eines „fundus“ gehöre und seine Bestandteile bilde. Man gelangt zum Schlufs, dafs der Weidegrund, welcher zur „universitas“ des vermachten Landgutes gehörte, gleichfalls unter das Legat falle, obgleich eine ausdrückliche Bestimmung des Erblassers nicht vorliegt. Hier wird die lex privata, welche eine solche Verfügung eigentlich gar nicht enthält, nach den allgemeinen Erkenntnisregeln ergänzt. Denn das Landgut bildet ein Begriffsganzes, eine Gesamtheit, welche den Weidegrund als Bestandteil umfafst.[712] Wenn der Testator nicht wollte, dafs er dem Legataren zufalle, so mufste er ihn entweder durch ausdrückliche Erklärung oder stillschweigend durch konkludente Handlungen absondern, abgrenzen, verkaufen, zu einer andern Wirtschaft schlagen und dergl.

Allgemeine Geltung hat ferner auch bei letztwilligen Verfügungen die Regel von der Stabilität der Begriffe, trotz teilweiser Umwandlung des körperlichen Bestandes der Sache. Auch hier gilt z. B. ein Haus im Zweifel als fortbestehend, trotzdem nach und nach seine sämtlichen Bestandteile erneuert und umgestaltet wurden:

> L. 65. § 2. Dig. de leg. I. Gajus libro primo de legatis ad edictum praetoris: Si domus fuerit legata, licet particulatim ita refecta sit, ut nihil ex pristina materia supersit, tamen dicemus utile manere legatum:

Solange der Erblasser nach objektiven Prinzipien den Begriff der Sache bestehen liefs, wird angenommen, dafs ungeachtet seiner sonstigen Handlungen eine Sinnesänderung bei ihm nicht eingetreten sei.

Abgesehen hiervon spielt der letzte Wille im Gebiete der Begriffe eine wichtige schaffende und zerstörende Rolle. Er tritt uns schöpferisch entgegen, indem er ganze Sachgesamtheiten, mit welchen der Verkehr sonst nicht zu rechnen pflegt, hervorruft. Das sog. instrumentum verdankt seine Entstehung ohne Zweifel dem Erbrecht und gelangte in ihm vorzugsweise zur Anwendung.[713] Was die letztwilligen Verfügungen hier erhaltend und organisierend leisteten, ist von großer Bedeutung und findet von seiten des Gesetzgebers weitgehende Unterstützung. So wird der fundus instructus, das mit allem Inventar versehene Landgut geschaffen und in seinem Bestande befestigt, das Handelsmagazin, die Fabrik vor Auflösung und Zerstörung bewahrt, das mit Kunstsinn und Geschmack eingerichtete Wohnhaus den Erben oder Legataren als behagliche Heimstätte übergeben. Im instrumentum kommt das Ziel der Bestrebungen des Lebens eines ganzen Menschen zum Ausdruck, es hat ein durch und durch subjektives Gepräge. Sein Stempel genügt, um jede Frage nach der objektiven Teilqualität, nach ihrer allgemeinen begrifflichen Bedeutung von vornherein zu beseitigen. Indem es einen viel weiteren umfassenderen Begriff darstellt, drängt es die sog. „portio" in den Hintergrund und absorbiert sie.

Während das Recht dieser schaffenden Wirksamkeit jeden Vorschub leistet, tritt es zugleich den zerstörenden Tendenzen in den letztwilligen Verfügungen mit Nachdruck entgegen. Ein Senatsbeschluſs verbietet Bestandteile eines Hauses, insbesondere dasjenige, was an ihm physisch befestigt ist, gesondert zu vermachen und aus seinem Verbande zu lösen.[714] Im Gegensatz zu jenem kulturell bedeutsamen Streben, welches uns im instrumentum entgegentritt, scheint es zu Rom nicht an Elementen gefehlt zu haben, die dem Grundsatze: après

nous le déluge huldigten. Es mufs in der Verzettelung wertvoller Besitztümer ein starker Unfug getrieben worden sein, da sich der Senat schliefslich gezwungen sah, im öffentlichen Interesse einzuschreiten. Das Gesetz, welches den Namen des Aviola und Pansa trägt, scheint in erster Linie den Schutz der Kunst im Auge gehabt zu haben, denn hauptsächlich von Bildsäulen und Marmorskulpturen ist in ihm die Rede.[715] Solche dürfen nämlich auf Grund besonderer Vermächtnisse aus künstlerisch ausgestatteten Gebäuden nicht entfernt werden. Eine Ausnahme wird nur zu Gunsten des Staates und der Stadtgemeinde des Erblassers genehmigt,[716] denn was der Öffentlichkeit durch Beraubung eines Prachtbaues entzogen wird, räumt ihr die letztwillige Zuwendung wieder ein. Für uns aber ist der Umstand von besonderem Interesse, dafs auch hier wieder auf die allgemeine Begriffstheorie zurückgegangen wird. Im Wesen des Bestandteiles liegt das mafsgebende Kriterium darüber, welche Stücke vom hinterlassenen Hause als Gegenstände eines besonderen Vermächtnisses getrennt werden dürfen und welche nicht. Das mochte bei Kunstobjekten, wie wir schon früher gesehen haben, nicht ohne Schwierigkeiten sein, da sie streng genommen dem „perpetuus usus aedificii“ nicht dienten und daher zur begrifflichen Vollendung — perfectio — des Hauses nicht gehörten.[717] Deshalb betont der Jurist hier die beständige Verbindung oder körperliche Verschmelzung — „si quidem inhaerent parietibus“ und „si ibi fuerunt perpetuo, quasi portio aedium distrahi non possint“. Er ist sich aber seiner Abweichung vom strengen Begriff des eigentlichen Bestandteiles wohl bewufst und motiviert diesen Liberalismus damit, dafs der Senatsbeschlufs möglichst weit und frei angewandt und ausgelegt

werden müsse;[718] deshalb seien auch solche „quasi partes“ ohne Bedenken ihm zu unterstellen.

### § 21. Die wesentlichen Bestandteile im modernen Recht.

Wie haben sich unsere modernen Rechtsbildungen zu diesen römischen Doktrinen zu verhalten? Das ist eine wichtige und feine Frage. Gewifs wollen wir weder gewaltsam recipieren, noch aber auch dasjenige rückhaltlos verwerfen, was möglicherweise in einem tiefen Verständnis der menschlichen Natur oder in wirklichen Lebensbedürfnissen seine Grundlage hat. Es sind demnach die bisher durch Unkenntnis verstümmelten oder dem heutigen Wissen nicht mehr entsprechenden Kategorien aufzugeben und die unser Leben führenden Gedanken an die Stelle zu setzen. Da aber andererseits die als richtig anerkannten Klassifikationsfaktoren festgehalten werden müssen, so kann uns auch in dieser Frage die römische Denkmethode immer noch unschätzbare Dienste leisten.

Eine aufmerksame Rückschau ist hier um so notwendiger, als gerade in der modernen Lehre von den Bestandteilen und Pertinenzen gröfste Unklarheit und Unbestimmtheit herrscht. Wer vermag wohl, die Grenzen dieser Begriffe in der heutigen Theorie und Praxis anzugeben? Die gründlichsten Untersuchungen haben uns nur immer wieder die Unsicherheit der jetzigen Lage vor Augen geführt. Aber zugleich ist die Frage gewissermafsen in ein neues, bedeutsames Stadium getreten. Ganz besonders läfst sich das von den sog. Pertinenzen sagen. Längst als schwankender Begriff der Rechtstheorie bekannt, haben sie in aller neuester Zeit namentlich durch den Aufschwung und Fortschritt der Industrie eine gewaltige praktische Bedeutung gewonnen. Ohne Zweifel ist der wenig intensive Ackerbau, welcher das wirtschaftliche Leben vergangener

Jahrhunderte beherrschte, einer engen Verbindung des sog. Pertinenzbegriffes mit der Hauptsache nicht günstig gewesen. Die Verschmelzung des Inventars mit dem Grundstück, dessen wirtschaftlichen Zwecken es dienen sollte, wird zwar vom deutschen Recht im allgemeinen gefördert; es kommen aber doch Ausnahmen vor, wo sie nicht mit gleichmäſsiger Energie in Angriff genommen oder durchgeführt wurde. Dem widerstrebten wichtige Interessen insbesondere der Pächter fremder Landgüter. Das sog. Wirtschaftsinventar bildete meist ganz oder zum Teil das Vermögen des Pächters. Besonders bei langen Pachtperioden wurden diese Bestände nicht nur hinreichend ergänzt, sondern oft zu blühenden, hochentwickelten und ökonomisch sehr wichtigen Gütermassen ausgestaltet, die ihrem Werte nach das notwendige Inventar des gepachteten Grundstückes weit überragten. Hier wäre es offenbar sehr bedenklich gewesen, eine enge Verbindung oder die Pertinenzqualität der eingebrachten Gegenstände mit dem Grundstück zu präsumieren.[719] Auch der „eiserne Viehvertrag“ macht die Herde nicht zum Bestandteil des Pachtgutes. Er dient vielmehr dazu, den für die Kultur des Landes erforderlichen Viehstand zu sichern und den Wert des vom Verpächter eingestellten Inventars für den Streitfall möglichst fest zu normieren; er ist eine aestimatio aestimationis gratia.

In der Präsumption der Pertinenzqualität in Bezug auf Pachtgüter läge überdies ein rechtspolitischer Miſsgriff. Jede Schwierigkeit, welche den Pächter bei Abwickelung seiner Beziehungen nach Ablauf der Pachtzeit bedroht, muſs seinen Unternehmungsgeist bei Verbesserung der Gerätschaften, Vergröſserung des Viehstandes hemmen. Je sicherer er umgekehrt hier seiner Besitzlage war, je weniger Hindernisse er bei der Entfernung seiner Illaten vom Grundstücke zu be-

fürchten hatte, desto entschlossener konnte er für die Vervollständigung und Hebung des Wirtschaftsinventars Sorge tragen. Es liegt auf der Hand, dafs damit zugleich der Ertrag des Landes nicht nur für die Dauer der Pachtperiode, sondern auch für spätere Zeiten gefördert und gesichert wurde.

Ein wirkliches Interesse an der Pertinenzierung des Inventars hatten freilich die Pfandgläubiger, allein solange sich die Landwirtschaft nicht durch gröfsere Intensität auszeichnete, trat der Wert der Betriebsgüter im Vergleich mit dem Grund und Boden zurück. Der hypothekarische Gläubiger erblickte deshalb seine Hauptsicherheit im Grundstücke selbst und in den dazu gehörigen Gebäuden.

So ist es gekommen, dafs trotz germanistischer Einflüsse die gemeinrechtliche Praxis des 17., 18. und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts der Bildung des Pertinenzbegriffes in Bezug auf Grundstücke eigentlich nicht viel günstiger war, als die römischen Quellen. Das wird durchweg von den Schriftstellern aus jener Zeit bezeugt. „Wer ein Grundstück mit allem Zubehör erkaufet, schreibt Hommel,[720] denket was er für einen Fischzug gethan, und was er alles durch diese Klausel erhalten habe. Allein er hat nicht viel, sondern bekommt ein ziemlich kahles Gut, indem er nichts erhält, als was einen notwendigen Teil desselben ausmachet.“ Wiederholt wird betont, dafs der Zubehör nach germanischem Lehnrecht eine viel weitere Bedeutung habe, als nach Allodial- und gemeinem Recht und dafs gemäfs den Bestimmungen des letzteren Vieh- und Wirtschaftsinventar als Pertinenz nicht angesehen werden dürfen.[721] Ihre Veräufserung mit dem Grundstück erfolgte nur dann, wenn der Vertrag ihrer ausdrücklich Erwähnung that. Vielleicht ist gerade der Standpunkt des

römischen Rechts in unserer Frage, welcher sich trotz aller Interpretationskünste doch als sehr unergiebig erwies, die Ursache gewesen, weshalb auch die gemeinrechtliche Theorie eine heilsame, den Zeitverhältnissen entsprechende Zurückhaltung bewahrte. Erst die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts hat hierin entschiedenen Wandel geschaffen. Gleichwohl findet sich in dem 1864 publizierten Liv-, Esth- und Kurländischen Privatrecht Art. 566 folgende Bestimmung:

„Das sog. Gutsinventarium, namentlich die zum Betriebe der Landwirtschaft gehörigen Gerätschaften, die Saaten, der Viehstand, gehören nicht zu den Pertinenzen des Landgutes, wohl aber der für die Bewirtschaftung des Grundstückes notwendige Vorrat an Dünger, Stroh und Viehfutter.“

Diese Satzung ist deshalb von ganz besonderem Interesse, weil es sich hier um ein Gesetzbuch handelt, das für eine fast ausschliefslich von der Landwirtschaft lebende Bevölkerung bestimmt war. Erst im Industriegrundstück wird sogar das Übergewicht auf das Inventar gelegt, welches gewissermafsen den Hauptteil des Ganzen bildet.

---

Es fragt sich demnach, worin besteht nach all’ diesen Wandlungen gemäfs den neuesten Anschauungen das Verhältnis des Sachbegriffs zum Bestandteil und zum Zubehör der Sache? An sich und ursprünglich selbständige Objekte konnten nach klassischer Auffassung in mehrfacher Weise zu einem Sachbegriff verbunden werden: Zunächst durch menschliche Handlung behufs Herstellung einer zusammengesetzten Sache — *συνημμένον* — hier spielt die Lehre von der Accession eine hervorragende Rolle. Die gleiche Funktion fällt der

Natur selbst zu, wobei die menschliche Beihilfe, wenn sie überhaupt erforderlich ist, eine unwesentliche, nebensächliche Rolle spielt. So wird die Einwurzelung der Pflanzen und Bäume beurteilt, die Vereinigung der Tiere zu einer Herde. Denn bei der plantatio und satio ist das rechtlich entscheidende Moment die Stoffbildung und die Erneuerung des Stoffes, während die Herde kraft des Naturtriebes zusammenhält und sich auch ohne menschliches Zuthun eben durch diesen Trieb ergänzt und vermehrt. Überall hier handelt es sich auch für den Verkehr um ein geschlossenes Ganzes. Den festen Zusammenhang aller Teile beweisen die Lehren der Metaphysik vom Begriff der Sache, daher können diese Bestandteile, obgleich ursprünglich selbständige Objekte, ohne Zerstörung oder Änderung ihres Wesens nicht Gegenstände besonderen Rechtes sein. Auch im Prozefs wird, wie wir gesehen haben, dieser Zusammenhang mit allen seinen rechtlichen Wirkungen präsumiert und eine immerhin mögliche Auflösung der Gesamtsache mufs in jedem einzelnen Falle besonders durchgeführt und bewiesen werden.

Abgesehen von diesen allgemeinen Gesetzen der Erkenntnislehre kann natürlich das einzelne Rechtssubjekt innerhalb seiner Vermögenssphäre alle möglichen Sachen und sogar Rechte durch besonderen Willensakt zu einer Gesamtheit verbinden. So entstanden die bereits dem ältesten Recht bekannten und im Verkehr weit verbreiteten Sonder- und Zweckvermögen, das peculium profectitium, die dos und ähnliche. Sehr wichtig waren auch die Verbindungen und Vereinigungen von Gegenständen durch Verfügungen für den Todesfall. Der Erblasser griff schlechtweg in seine Gütermasse hinein und bildete nach eigenem Ermessen aus den ihm gehörigen Vermögensstücken universitates, welche nach seinem Tode in

dieser Geschlossenheit auf den Erben und Legatar übergingen. Solchen Verfügungen waren keine prinzipiellen Schranken gezogen und wenn die so gestalteten Sachgesamtheiten nicht selten dem entsprachen, was auch der Verkehr, der gewerbliche Brauch und die Lebensgewohnheit als Sachgesamtheit vereinigte, so gab es dafür doch kein metaphysisches Gesetz, keine naturalis ratio.

Hier bildete kein festgefügter Begriff eine Schranke und der Wille des Subjekts war durch nichts gehemmt. Hier gab es daher auch keine Präsumption; es herrschte die freie Interpretation einer an nichts gebundenen lex privata und aus ihr allein zog man die rechtlichen Schlüsse über die Zusammengehörigkeit der Dinge. Solche gewillkürte Sachgesamtheiten sind z. B. der fundus instructus und die Hauptsache mit ihrem instrumentum.

Was hat sich hiervon im geltenden Recht erhalten und worin sind die klassischen Lehren unbrauchbar geworden? Zunächst, wie verhält sich unsere moderne Anschauung zur Stellung des Begriffes im System? Ist seine Herrschaft auch heute noch so stark, dafs er uns zwingt, kraft seines Daseins, Teilqualität dort anzunehmen, wo eine körperliche Verschmelzung oder innige Verbindung nicht vorliegt? Bildet er für uns noch eine so ausgesprochene Realität, dafs auch wir gezwungen sind, sinnlich erkennbare Momente ihm nachzustellen?

Es ist fraglich, ob ihm in unserer Auffassung noch jenes absolute Übergewicht des primären Seins beigelegt werden kann, welches ihm die römischen Rechtslehrer zuschrieben. Wir sind es zu sehr gewohnt, in sachenrechtlichen Verhältnissen von konkret wahrnehmbaren Dingen auszugehen, als dafs wir im stande wären, auf diesem Gebiet der reinen Idee

den Vortritt zu geben. Heute verstände man sich nicht mehr dazu, ein zerstörtes Haus z. B. als noch vorhanden anzusehen, wenn der Eigentümer das Baumaterial „eo consilio“ auseinandergenommen hatte, um es später wieder zusammenzufügen. Man würde die Dinge nach ihrer äufseren körperlichen Lage beurteilen und sehr wenig danach fragen, ob der Begriff des Gebäudes noch im „animus domini“ unversehrt fortlebt oder nicht. Ohne Zweifel müfsten wir dem Käufer den Rücktritt vom Vertrage gestatten, wenn ihm an Stelle des vereinbarten Hauses ein Fundament und daneben ein Stapel von Material übergeben wurde, welchen der Verkäufer zum Zwecke des Um- oder Neubaues bereitgehalten hatte. Und umgekehrt stünde es heute, falls nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt wurde, dem Verkäufer ohne Zweifel frei, seine Balken und Steine vom verkauften Grundstück abzuführen;[723] daran ändert auch nichts der Umstand, dafs sie zu einem Gebäude gehörten, welches er vor dem Abschlufs des Geschäfts wieder aufzurichten beabsichtigte. Und warum wird man so entscheiden? Weil der moderne Jurist in der konkreten Sachlage nichts anderes wahrzunehmen vermag, als eine gewisse Menge selbständiger Körper und Rechtsobjekte, die je nach Vereinbarung gesonderte Gegenstände des Vertrages sind oder nicht. Ob aber unabhängig davon irgendwo im animus domini der Entschlufs bestand, diese Einzelsachen zu einem Begriff zusammenzufassen und damit zu Bestandteilen eines Ganzen zu machen, kann nach heutiger Anschauung keine zwingenden Rechtswirkungen erzeugen.

So sind wir denn, wie es scheint, zu einer engeren, sinnlichen Auffassung gelangt und lassen die Teilqualität nur dort gelten, wo eine wirkliche physische Verbindung oder Verschmelzung mehrerer Objekte zu einem selbständigen

Ganzen vorliegt. Dieser Satz wird hier und da sogar schon als unstreitiges modernes Prinzip hingestellt. Es widerspreche den Regeln eines festen Sachenrechts, Teile anzunehmen, welche in der That kein reales, sondern nur ein intellektuelles Ganzes bilden.[724] Dieser körperliche Zusammenhang brauche zwar nicht durch bestimmte individuelle Intentionen hervorgerufen zu sein, er könne auch als Resultat des Zufalls eintreten; notwendig sei er unter allen Umständen.[725] Ganz dasselbe fordert das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Ihm sind „wesentliche Bestandteile eines Grundstückes die mit dem Grund und Boden fest verbundenen, oder die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen“.[726]

Hiernach müfsten wir annehmen, dafs der Begriff oder das Wesen des Dinges für den modernen Juristen nicht mehr bestehe. Dieser Schlufs ist in seiner Absolutheit indessen schwerlich berechtigt. Es ging uns damit wie mit so manchen Kategorien unseres Ideenbestandes. Selbst da, wo jede philosophische Übersicht und Kenntnis fehlte, wo man gar nicht oder nur wenig vertraut war mit der Entwickelungsgeschichte menschlichen Denkens, bediente man sich dennoch gewisser Vorstellungen, ohne ihre Stellung im System der allgemeinen Erkenntnislehre deutlich zu verstehen. Zwar eine Realität im Sinne der Alten ist uns der Begriff, die Idee der Sache nicht mehr, er gilt uns nicht als das primäre Sein im Gegensatz zur körperlichen Erscheinung, wohl aber stellen wir ihn der physischen Sache als empirische Zweckbestimmung gegenüber, als Vorstellung, welche Ziele und Verwendung eines Ganzen für uns erfahrungsmäfsig begrenzt.[727] Und hierin, in der perfectio rei, im perpetuus usus treffen wir trotz unserer abweichenden Ausgangspunkte mit den Alten wieder zusammen.[728] Freilich bei ihnen handelte es sich grundsätzlich

um die κίνησις als metaphysische Kategorie, während für uns nur empirische Beobachtungen und praktische Bedürfnisse in Frage kommen.

Nach moderner Auffassung erstreckt sich also der Begriff nicht auf die Sache selbst, sondern auf ihre Stellung im Verkehr. Hieraus entstanden weitere Schwierigkeiten. Da es sich bei der Zweckbestimmung auch um ein intellektuelles Ganzes handeln kann, die Einzelsache aber nur als etwas Körperliches gedacht wird, so fand man hierin einen Widerspruch und sträubte sich gegen die Unifikation alles dessen, was zum Begriff gehört. „Dem widerstreite das Leben, welches jeden Augenblick solche bloſs intellektuell vereinte Gegenstände auseinanderlegt und sie in verschiedenen Besitz, unter verschiedene faktische Herrschaft geraten läſst.“ [729] Aber äuſsert das Leben nicht die gleiche Wirkung auch auf physisch miteinander verbundene Körper? Auch ihre Auflösung und Trennung ist zu jeder Zeit möglich; das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich hat unter gewissen Voraussetzungen diesen Fall sogar vorgesehen. [730]

Von der Zweckbestimmung ging auch die neuere gemeinrechtliche Pertinenzenlehre aus. Man fühlte die Notwendigkeit einer mittleren Kategorie, welche umfassender war, als der all' zu enge physische Teilbegriff und andererseits doch nicht unter die gewillkürte Sachgesamtheit des instrumentum fiel. Es wurde also ein Mittelding zwischen den Sachkörper und die Sachgesamtheit hineingeschoben. Das Vorbild hierfür glaubte man in den Äuſserungen der klassischen Rechtslehrer über die Begriffsteile zu finden. Man war sich aber nicht dessen bewuſst, daſs in den Quellen von wahren und echten Sachteilen die Rede ist. Auf dieses Miſsverständnis sind jene Anhaltspunkte zurückzuführen, welche man für

den ganz und gar unrömischen Pertinenzbegriff bei den klassischen Juristen zu finden glaubte.

---

Während das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner allgemeinen Definition den körperlichen Zusammenhang als erste Voraussetzung der Teilqualität hinstellt, nennt es zugleich diese Bestandteile „wesentliche".[731] Hiermit kann natürlich nur die Vollendung der Sache dem Bedürfnisse des Verkehrs, der „ordnungsmäfsigen Wirtschaft"[732] entsprechend gemeint sein. Freilich haben wir dadurch noch nicht die untrügliche Bestimmtheit einer metaphysischen Kategorie gewonnen, aber auch die Alten machten dem empirisch-praktischen Standpunkt gewisse Zugeständnisse. Auch sie wufsten, dafs der philosophische Sachbegriff in den Wechselfällen des Lebens nicht überall Stich halte, und wir haben gesehen, durch welche Mittel sie das metaphysische Schema ergänzten. Indem wir also den Begriff oder das Wesen der Sache rein praktisch auffassen und verwerten, bedienen wir uns einer Vorstellung, die in ihrer konkreten Anwendung dei den Alten nicht viel fester dastand, als bei uns.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat scheinbar auch noch an anderer Stelle mit den klassisch-philosophischen Anschauungen vom Bestandteil Fühlung gewonnen. § 95 lautet:

„Zu den Bestandteilen eines Grundstückes gehören solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden sind."

Absatz 2 fährt fort:

„Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke in ein Gebäude eingefügt sind, gehören nicht zu den Bestandteilen des Gebäudes."

Mit dieser Fassung wäre selbst der peripatetische Rechtslehrer einverstanden. Ein „vorübergehender Zweck“ ist nicht der perpetuus usus aedificii und hat mit dem Wesen der Sache nichts gemein. An jener Stelle ist die Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuches auch insofern zu billigen, als sie die grundlegenden Momente der allgemeinen Erkenntnislehre mit den Vorstellungen des empirischen Lebens glücklich kombiniert.

Mit Recht haben die neuesten Schriftsteller darauf hingewiesen, dafs nach § 95 cit. die körperliche Verbindung nicht hinreicht, um prinzipiell die Bestandteilsbeschaffenheit zu erzeugen. Überdies ist darauf Gewicht zu legen, dafs kein Unterschied gemacht wird, von wem die Verbindung ausging, vom Eigentümer der Hauptsache oder von einem dritten dinglich oder sonst wie Berechtigten; das Kriterium ist also hier ein objektives. In Übereinstimmung mit dieser Behandlung des Wesens der Sache hat das Gesetz an anderer Stelle sogar vom Erfordernis der physischen Verbindung als Merkmal der Bestandteilsqualität abgesehen: die getrennten Parzellen, welche in das Grundbuch als geschlossenes Immobil eingetragen sind, gelten trotz abgesonderter Lage als Bestandteile.[733]

---

Hiernach könnte es fast den Anschein gewinnen, als wenn die philosophischen Gesichtspunkte der klassischen Rechtslehrer von Einflufs auf unsere Kodifikatoren gewesen wären, als wenn auch sie sich die Frage nach der aristotelischen Zweckbestimmung vorgelegt hätten. In der That, man vergleiche die Auffassung der römischen Juristen von der Bedeutung der körperlichen Verbindung und vom Begriff der Sache mit einzelnen Sätzen unseres modernsten Gesetzbuches und

eine gewisse Übereinstimmung wird sich nicht verkennen lassen. Dessen ungeachtet besteht zwischen den alten und neuen Autoren ein weitgehender Unterschied: Die klassischen Rechtslehrer wufsten je nach ihrer Richtung genau, was sie sich unter dem εἶδος oder dem λόγος zu denken hätten, sie bewiesen uns das durch die Klarheit ihrer Fassung, durch die Konsequenz ihrer Gedanken; unsere Kodifikatoren dagegen haben nicht gewufst, was das „Wesen der Sache“ als selbstständige Kategorie bedeutet, höchstens haben sie es gelegentlich kraft ihrer allgemeinen Bildung gefühlt. Denn wollten sie mit der von ihnen acceptierten Terminologie Ernst machen, dann mufsten sie von vornherein die Bestandteilsqualität mit ihren rechtlichen Folgen weiter definieren, als es bisher üblich gewesen war. Es ist offenbar unlogisch von begrifflichen oder wesentlichen Bestandteilen zu reden und gleichzeitig die feste „Verbindung mit dem Grund und Boden, das Einfügen ins Gebäude“ als „wesentliches“ Merkmal der Teilqualität zu betonen, denn nicht Nägel und Klammern sind es, welche die Dinge zusammenhalten und z. B. zu Bestandteilen eines Hauses machen, sondern der Begriff des letzteren, die Vollendung — perfectio — seines Wesens. Mit scheinbar richtigen Ausführungen im einzelnen ist nichts gewonnen, sobald die Grundlage der Lehre dadurch entstellt wird, dafs man das Wesen der Sache mit dem körperlichen Zusammenhang identifiziert.

Diese unbewufste Vermengung philosphischer Kategorien mit der im modernen Recht bisher üblichen engen — sinnlichen Auffassung trägt auch die Schuld daran, dafs sich schon jetzt Zweifel und Meinungsverschiedenheiten über den Bestandteilsbegriff nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch geltend machen. Darin freilich sind alle heutigen Schriftsteller einig, dafs der

Ausdruck „wesentlicher Bestandteil“ etwas in diesem Zusammenhang völlig Neues bedeute. Besonders Dernburg,[734] der trefflichste Kenner moderner Rechtsentwickelung, hat mit Bestimmtheit darauf hingewiesen. Andere meinten, dafs in dieser Terminologie eine „beachtenswerte Modifikation“ des römischen Rechts liege.[735] Das ist natürlich falsch. Gerade indem er vom Wesen der Sache spricht, steht der deutsche Kodifikator, vielleicht ohne es selbst zu wissen, auf klassischem Boden. Leider hat das Bürgerliche Gesetzbuch die ganze Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen nirgends präzisiert, sondern nur verwischt. Streng logisch müfste folgendermafsen geschieden werden: Wesentliche Bestandteile werden durch das Wesen der Sache, durch ihren Begriff zusammengehalten; abgesehen hiervon kann auch die körperliche Verbindung in Frage kommen und trat diese nur zu einem vorübergehenden Zweck ein, welcher mit dem Begriffe des Gegenstandes nichts gemein hat, so haben wir es mit nicht wesentlichen Bestandteilen zu thun. Der unwesentliche Bestandteil kann rechtlich nicht als Bestandteil gelten.

Ohne Zweifel bedarf diese Frage im Bürgerlichen Gesetzbuch einer Nachprüfung, um so mehr als ganz allgemein anerkannt wird, dafs die jetzige Entscheidung schwer zu erfassen sei und Mifsverständnisse hervorrufe. Dernburg hat zunächst sehr richtig hervorgehoben, dafs die Ausdrucksweise des Gesetzbuches von den Vorstellungen des gemeinen Lebens nicht ausgehe, dafs es sich um Kunstausdrücke handele, welche vom Sprachgebrauch sehr abweichen.[736] Wir können hinzufügen, dafs die Fassung unlogisch ist und innere Widersprüche enthält.

---

Wir haben bereits darauf hingewiesen, daſs uns der Maſsstab für das Wesen der Sache ganz ebensowenig fehlt wie den Alten; wie ehemals, so ist er auch heute noch in jedem konkreten Fall empirischer Natur. Alles ist wesentlich, was nach den Verkehrsanschauungen zur Perfektion, z. B. zu einem vollkommenen Gebäude gehört. Örtliche Bräuche und Gewohnheiten bilden für Vertragsparteien und Richter eine hinreichend bestimmte Basis. Es ist selbstverständlich, daſs ein und derselbe Gegenstand an dem einen Ort als Luxusartikel oder Ausschmückungsobjekt angesehen wird und unter anderen Verhältnissen als wesentlicher Bestandteil gilt. So sind z. B. Badeeinrichtungen, kostbare Spiegelscheiben, Öfen oder Kamine je nach örtlichem Brauch zur Vollendung eines Wohnhauses und Magazins erforderlich oder nicht. Stuck und an der Façade des Hauses angebrachte Bildwerke gelten, je nachdem am Orte Facadenzwang besteht oder nicht, als wesentliche Bestandteile oder selbständige Schmuckstücke. Denn im ersten Falle macht es die öffentliche Ordnung dem Hauseigentümer zur Pflicht, im Bauplan angegebene Ornamente niemals vom Gebäude zu entfernen oder sie stets durch neue entsprechende Verzierungen zu ersetzen; sie sind also begrifflich mit der Individualität des Hauses verbunden.

Diese Rücksichten auf die örtlichen Verkehrsanschauungen bilden insbesondere für den Richter ein lebendiges Moment, das keine Erstarrung zuläſst. Sie sind das frische Fluidum, welches ihn immer wieder daran erinnert, in wessen Dienst er seinen Beruf ausübt. Dieser Notwendigkeit mit dem örtlichen Verkehr zu rechnen, soll das Gesetzbuch den Richter unter keinen Umständen entheben, sondern ihn durch seine Bestimmungen geradezu hierzu veranlassen und anregen. Darauf beruht die Lebenskraft des Rechts, seine Fähigkeit zu weiterer Entwickelung.

## § 22. Die sog. Pertinenzen im modernen Recht.

Das Wesen der Sache ist also eine Kategorie, mit welcher auch wir noch heute zu rechnen haben und rechnen können. Diese Thatsache wird uns deutlicher zum Bewufstsein kommen, wenn wir uns die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Zubehör oder die Pertinenzen vergegenwärtigen.

Von altersher hatte die germanische Lehre von der Sache und ihren Teilen einen anderen Ausgangspunkt als die römische. Während hier alles die philosophische Idee bedeutete und der Begriff die Dinge zu einem Ganzen vereinigte, hat die naivsinnliche deutsche Rechtsauffassung die Gegenstände nur als Naturganze betrachtet und jedes Objekt dem entsprechend so behandelt, wie es sich nach den unmittelbaren Wahrnehmungen in der Aufsenwelt darstellte. Die Folge hiervon war, dafs der begriffliche Bestandteil dem deutschen Recht immer etwas Fremdes geblieben ist und dafs die Gegenstände dort, wo das Leben und der Verkehr eine Vereinigung bewirkten, dennoch als von Natur selbständige Sachen angesehen wurden. Diese besonderen Verhältnisse haben den Zubehör geschaffen, eine Kategorie, welche, abgesehen von ihrem eigenartigen Ursprung, in der deutschen Rechtsentwickelung dieselbe Rolle gespielt hat, wie bei den Römern der begriffliche Bestandteil. Fehlte dem klassischen Recht die Pertinenz, so war der deutschen Auffassung die Idee des Dinges unbekannt.

Ein sehr interessantes Beispiel für diese universelle Bedeutung des Zubehör in der germanisch-slavischen Welt bietet das noch heute geltende russische Civilrecht. Es werden hier verschiedene Arten der Pertinenz unterschieden. Einmal an sich selbständige Gegenstände, welche den Zwecken der Haupt-

sache zu dienen bestimmt sind. In diesem Sinne gelten als Zubehör eines landwirtschaftlichen Grundstückes[737] Gebäude, Wirtschaftshöfe, Brücken und Fähren, Mühlen, Dämme und Wehre. Die Pertinenz von Fabriken bilden alle Gebäude, Grundstücke, Waldungen, Wiesen, Gruben und Bergwerke, salzhaltige Gewässer, Geschirr und Gerätschaften, Leitungen und Röhren.[738] Der Zubehör eines Hauses besteht aus denjenigen „Teilen“ (sic), welche zu seiner inneren und äufseren Vollendung erforderlich sind, ferner aus solchen Verzierungen und Schmuckstücken, die vom Gebäude ohne dessen Beschädigung nicht losgetrennt werden können, also z. B. Dielen aus Marmor und Mahagoniholz, bronzene und gufseiserne Kamine, kostbare Tapeten, Wandspiegel und dergl.[739]

Eine besondere Ausdehnung findet der Zubehör kraft der Stiftungsurkunde bei Majoraten oder Fideikommifsgütern.[740] Es werden dazu Familienpapiere und Kostbarkeiten, Kunstschätze, Bibliotheken, Raritätensammlungen und dergl. gerechnet.[741]

Neben diesen von der allgemeinen Pertinenzenlehre nicht sehr abweichenden Bestimmungen finden wir im russischen Gesetzbuch noch eine andere Behandlung des Zubehör, welche uns einen klaren Einblick in das ursprüngliche Wesen und die Entstehung dieses Rechtsinstituts gewährt.

Als Zubehör des Grundstückes werden Flüsse, Seen, Teiche, Wege, Quellen und andere Plätze (sic) innerhalb seines Gebietes bezeichnet; ferner rechnet man dahin alle Erzeugnisse der Erdoberfläche, sowie alles, was der Boden in seinem Schofse birgt, also Metalle und andere Mineralien.[742] Trotzdem die von den Kodifikatoren des russischen Civilgesetzbuches für diesen Artikel zitierten Quellen nicht hinter das Jahr 1766 zurückreichen, liegt jener Fassung dennoch ein

sehr viel älterer und auch im deutschen Mittelalter weit verbreiteter Brauch zu Grunde. Beim gänzlichen Mangel sicherer Vermessung und zuverlässiger Grundbücher sah man sich genötigt, in Stiftungs- und Veräufserungsurkunden das betreffende Objekt in allen seinen Bestandteilen genau zu schildern, um hierdurch gewissermafsen von innen heraus seine Grenzen zu bestimmen. In den deutschen Urkundenbüchern kann man zahllose Beispiele für dieses Verfahren finden, aber auch in den russischen Quellen sind solche Verfügungen sehr häufig. Es werden Güter verliehen und verkauft mit ihren Wiesen, Feldern, Gärten, Gewässern und Fischereien sowie unbebauten Landstrichen. Zum Schlufs findet sich oft die Wendung: mit allem „was von altersher dahin gehörte“ oder soweit „die Axt, die Sense und der Pflug gelangt“,[743] d. h. soweit das Gebiet von der gegebenen Wirtschaftseinheit beherrscht wird.

Wir haben auf das russische Gesetzbuch hingewiesen, weil sich schwerlich in Europa noch eine Kodifikation finden dürfte, die den ursprünglichen unrömischen Zubehörsbegriff mit solcher Unmittelbarkeit darstellt wie die cit. Artikel. Nicht der geringste Unterschied zwischen Pertinenz und Bestandteil läfst sich hier erkennen, ja beide Kategorien werden gelegentlich sogar identifiziert. Man erinnere sich des Art. 389, wo es heifst „Zubehör eines Hauses sind solche Teile, welche zu seiner Vollendung erforderlich sind“. Wir brauchen wohl nicht hinzuzufügen, dafs die russischen Gesetze einen gesonderten Bestandteilsbegriff überhaupt nicht erwähnen.[744]

Der gänzliche Mangel des Teilbegriffes ist also der Grund, weshalb im alt-deutschen und mittelalterlichen Rechtsleben der Zubehör einen so breiten Raum einnimmt. Freilich sobald das römische Recht sich mit seinen Vorstellungen und seiner Terminologie geltend machte, wurde in mancher Hinsicht Wandel geschafft, zugleich aber eine Reihe neuer Schwierigkeiten hervorgerufen. Denn die Grenzen zwischen dem urdeutschen Zubehör und der römischen „pars" liefsen sich nach der damaligen Quellenkenntnis nicht feststellen und flossen derart ineinander, dafs beide ursprünglich selbständigen Begriffe in der Praxis kaum mehr voneinander zu trennen waren. Man erinnere sich doch nur jener bekannten Definition der Pertinenz als desjenigen, was erd-, wand-, mauer-, niet- und nagelfest ist. Fällt sie nicht genau mit den Merkmalen zusammen, welche nach Ansicht der modernen Juristen gerade für den römischen Teilbegriff mafsgebend sein sollen?[745]

Nur zu natürlich war es, dafs der einheimische Zubehör sich sehr allmählich aus seiner Position verdrängen liefs und noch lange Zeit hindurch seine Stellung dort behauptete, wo eigentlich blofs von wesentlichen Bestandteilen die Rede sein durfte.

In dieser Sachlage kann eine Veränderung gar nicht ausbleiben, sobald einmal unser Kriterium für die römische „pars" feststeht und sobald dieses Kriterium, sei es auch unbewufst und in unklarer Form, im geltenden Recht Aufnahme gefunden hat. Indem das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich das „Wesen der Sache" erwähnt, veranlafst es ohne Zweifel eine Änderung in der Lage der sog. Pertinenzen. Bei zielbewufster Bestimmung des „wesentlichen Bestandteils" ist eine Beschränkung des Zubehör unausbleiblich.

Das wird jetzt von verschiedenen Seiten anerkannt. Dernburg zählt eine Reihe von Gegenständen auf, welche nach

dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches unstreitig Bestandteile sind, während sie z. B. nach dem Preufsischen Landrecht noch als Zubehör galten. Er rechnet dahin: Schlösser, Jalousien, Fensterläden, Gasröhren, Hausglocken und elektrische Klingeln sowie Wandschränke.[746] Das gilt u. E. ganz besonders von den Schlüsseln eines Hauses oder Behältnisses. Es giebt kaum einen Gegenstand, welcher so innig mit dem „Wesen" des Hauses, mit seiner „perfectio" verbunden ist, als das Verschlufsmittel. Man kann vermuten, dafs wohl nirgends in Europa der Brauch herrscht, dem Mieter eine unverschliefsbare Wohnung zu übergeben oder beim Verkauf eines Hauses die Schlösser zurückzubehalten. Und was von letzteren gilt, das erstreckt sich trotz entgegengesetzter Meinung[747] ohne weiteres auf die Schlüssel. Von altersher sind sie das Symbol der Herrschaft über die Sache selbst, derjenige Bestandteil, dessen Besitz zugleich den Besitz über das Ganze darstellt. Hat man also einmal zugegeben, dafs es „wesentliche Bestandteile" giebt, d. h. Objekte, welche durch das „Wesen der Sache", nicht durch körperliche Bande zusammengehalten werden, so liegt kein Grund vor, auf unseren Fall den Pertinenzbegriff anzuwenden. Die Einwirkung der modernen empirischen Zweckbestimmung, die zwar keine metaphysische Kategorie ist und sich nur auf den Verkehr stützt, hat dennoch mindestens ebensoviel Einflufs als der oftmals rein äufserliche physische Zusammenhang.

Mit den von Dernburg angeführten Beispielen ist zugleich auch das Verhältnis des heutigen Rechts zur angeblichen Pertinenzkasuistik der römischen Quellen erschöpft. Fresken und Stuck haben die klassischen Rechtslehrer für Bestandteile eines Gebäudes erklärt.[748] Dem müssen auch wir uns anschliefsen. Ein Haus mit zerstörtem Stuck ist nicht vollendet, entspricht nicht einer „ordnungsmäfsigen Wirtschaft". Gehören

nach dem Bauplan des Hauses zu seiner Façade Bildsäulen und Skulpturen, so sind auch diese wesentliche Bestandteile; ihre Entfernung kommt einer Zerstückelung des Ganzen gleich. Der moderne Verkehr beansprucht sogar von einem Wohnhause je nach den örtlichen Verhältnissen ein gewisses Durchschnittsmafs ästhetischer Ausstattung. Auf die Einwirkung des Façadenzwanges haben wir schon früher hingewiesen.[749] Das gleiche gilt ferner von Statuen, die in eigens für sie hergerichteten Nischen Aufstellung fanden.[750] Der Otto-Heinrichs- oder Friedrichsbau im Heidelberger Schlofs sind ihrem Wesen nach ohne die Bildsäulen an den Aufsenwänden ganz undenkbar. Eine Restaurierung ihrer Gesamtarchitektur ist ohne Erhaltung oder Erneuerung jener Standbilder unmöglich und liefse man letztere fort, so wäre damit der Plan und Begriff des Schlosses, wie er in der Geschichte der Kunst dasteht, zerstört. Diese Statuen sind also genau so gut Bestandteile des Gebäudes wie Treppen, Säulen, Giebel, Balken und dergl. Man halte doch z. B. einem Kunstkenner vor, dafs jene Bildwerke, nur weil ihre physische Verschmelzung mit dem Schlofs angeblich keine ausreichende sei, unter eine besondere Kategorie — der Pertinenzen — fallen müfsten und als Teile des Ganzen nicht gelten können. Wir zweifeln daran, dafs diese Erklärung Verständnis finden wird.

Die heutige Gerichtspraxis bietet manches interessante Beispiel dafür, zu welchen merkwürdigen Konsequenzen die moderne, ganz unsichere Pertinenztheorie führen kann. Im Reichsgericht kam unter anderem folgender Fall zur Beurteilung.[751] Es hatte in Essen die Subhastation eines Immobils des sog. Venustempels stattgefunden. Die Wände der im antiken Stil erbauten Villa waren mit Marmorplatten bekleidet und das ganze Gebäude mit Marmorsäulen ausgestattet. Nach der Versteigerung erwies es sich, dafs der Pfandschuldner noch

vor Beginn des Subhastationsverfahrens das Immobil einer dritten Person verkauft hatte, welche in der Zwischenzeit die sämtliche Marmorbekleidung und Ausstattung von der Villa entfernte.

Das Reichsgericht gelangte zum Schlufs, dafs die Marmorplatten als Zubehör des Hauses infolge ihrer dauernden Trennung von der sog. Hauptsache die Pertinenzqualität eingebüfst hätten und daher dem Pfandnexus entzogen seien. Dem Käufer des Immobils auf der öffentlichen Versteigerung wurde die Befugnis abgesprochen, die Marmorteile vom gegenwärtigen Besitzer zu vindizieren. Soweit die Entscheidung des Reichsgerichts; es lassen sich dagegen verschiedene Einwände erheben. Zunächst fragt es sich, was war Gegenstand der Verpfändung? Natürlich das fragliche Immobil als Ganzes, als begrifflich abgegrenzte Individualität. Nicht etwa das Fundament, die nackten Wände oder Dachsparren galten als durch den Pfandnexus gebunden, sondern die unter dem Namen „Venustempel“ in der Umgegend bekannte Villa mit allem, was zu ihrer individuellen Vollendung gehörte. Gerade die Marmorausstattung verlieh dem Gebäude seinen eigentümlichen Charakter, durch diese stilvolle Ausführung wurde sein eigenstes Wesen bestimmt, sein Begriff dargestellt. Die Marmorbekleidung erscheint somit als wesentlicher Bestandteil des Hauses. In dieser Eigenschaft war sie verpfändet und durch die Veräufserungen an dritte Personen konnte die einmal geschaffene Rechtslage nicht verändert werden.[752] Auch was der Käufer des Grundstückes in der kurzen Zwischenzeit mit der Sache vornahm, an ihr zerstörte oder verschlechterte, unterlag jederzeit der Anfechtung seitens des Pfandgläubigers.[753] Im gegebenen Fall aber handelte es sich nicht um eine blofse Entwertung des Pfandobjekts, sondern um eine Entfernung mit dem Pfandnexus behafteter Bestandteile, es kam hier also

nicht nur ein Anspruch des Hypothekengläubigers in Frage, was schon das Reichsgericht zugiebt,[754] sondern auch ein dingliches Recht des Erstehers in Bezug auf eine mitversteigerte Sache. Der Ersteher war befugt, anzunehmen, dafs unter der Bezeichnung „Venustempel“ im fraglichen Termin die bekannte, künstlerisch ausgestattete Villa mit ihren wesentlichen Bestandteilen zum Ausbot gelangen würde und nicht ein wertloser, wüster Trümmerhaufen.[755] Man durfte von ihm nicht verlangen, dafs er vor der Subhastation eine genaue Besichtigung des ohnehin deutlich gekennzeichneten Objektes vornehme; die gewöhnliche Sorgfalt erforderte keine derartige Vorsichtsmafsregel. Was in einer kurzen Zwischenzeit der Pfandschuldner oder dritte Käufer möglicherweise fraudulose vom Grundstück entfernt hatten, blieb dennoch Bestandteil der versteigerten Sache und galt als mit ihr dem Ersteher zugeschlagen, selbst wenn der Hypothekengläubiger keine Gelegenheit gefunden hatte, von seinem Einspruchsrecht Gebrauch zu machen. Die ganz schablonenhafte und überdies noch falsche Ausdehnung des undefinierbaren Pertinenzbegriffes führt hier zu äufserster Gefährdung des Verkehrs, begünstigt ganz durchsichtige und geradezu grob veranstaltete Mifsbräuche und widerspricht allen civilpolitischen Erwägungen über Treue und Glauben im Rechtsgeschäft.

Als wesentliche Bestandteile betrachteten die Römer auch alle diejenigen Vorrichtungen, welche die Bestimmung hatten, das Haus oder Grundstück mit Wasser zu versorgen.[756] Ganz dasselbe sollte auch für das moderne Recht gelten und zwar gleichfalls vom Standpunkte der empirischen Zweckbestimmung aus. Hierbei wird nicht allein die besondere wirtschaftliche Verwendung des Immobils ins Auge gefafst, sondern auch seine Sicherung vor Feuersgefahr. Den engen Zusammenhang

dieser Dinge haben schon die deutschen Stadtrechte im Mittelalter selbständig anerkannt. Nach ihren Vorschriften gehören zum Gebäude auch Brunnenketten, Eimer, sogar springende Wasser und eingezimmerte Behälter.[757]

Im Sinne des Preufsischen Landrechts hat das Reichsgericht[758] auch die Leitungsröhren einer Gasanstalt für „Substanzteile" erklärt. Mit Recht. Hierin ändert, wie das Urteil bemerkt, auch nichts der Umstand, „dafs die fraglichen Röhren sich über die Grenzen des mit der Gasanstalt bebauten Grundstückes weit hinaus erstrecken und dafs sie in fremdem Grund und Boden liegen; denn hierdurch erhalten die Röhren rechtlich nicht die Eigenschaft von Bestandteilen der betreffenden fremden Grundstücke, sondern sie bleiben trotz ihrer thatsächlichen Einfügung in den Körper der Strafsen und Plätze Eigentum der die Beleuchtung betreibenden Gesellschaft und können deshalb auch als Bestandteile der Gasanstalt mit dieser veräufsert werden".[759]

Mustern wir den Katalog der Pertinenzen, wie ihn die Empirie der neueren Litteratur bereits aus älteren Rechtsquellen ableitet, weiter, so finden wir Hinweise auf das zum Schutze einer Burg oder Feste bestimmte Verteidigungsgeschütz. Mit diesem Gegenstande haben sich mehrfach die französischen Coutumes und in Deutschland die Kenner des Lehnrechts beschäftigt. Um den engen Zusammenhang der Armierung mit der Burg darzustellen, bedienten sich die französischen Quellen einer umschreibenden Ausdrucksweise. Es heifst von diesen Dingen entweder: „ils sont reputez immeubles" oder „ils suivent la nature desdits châteaux, donjons et forteresses".[760] Trotz dieser unbestimmten, untechnischen Sprache ist es klar, dafs wir es auch hier entweder mit wesentlichen Bestandteilen oder mit rechtlich eng verbundenen Sachgesamtheiten zu thun

haben. Ein befestigtes Schlofs ist ohne Geschütz und sonstige Verteidigungsmittel begrifflich ganz undenkbar. Durch Entfernung der Armierung würde zugleich der Charakter einer Befestigung aufgegeben.

Andererseits bildet das Burglehn nach Feudalrecht eine Sachgesamtheit, einen Inbegriff von körperlichen Objekten, von privaten und öffentlichen Rechten, wie ihn in dieser Gestalt und mit so weit gehenden Konsequenzen die römischen Quellen niemals gekannt haben. Trotzdem sprechen die deutschen Schriftsteller schon im siebzehnten Jahrhundert vom Zubehör oder von den Pertinenzen einer Burg.[761] Man rechnete dahin das Wirtschaftsinventar, Grundstücke, also Äcker, Wiesen und Weiden. Aber die rechtliche Erläuterung dieses Verhältnisses ist den klassischen Juristen entnommen. Die Dinge werden als Zubehör behandelt, weil sie zur „perpetua custodia“ oder zum „usus“ des Schlosses designiert sind. Dieser Zweckbestimmung bediente sich der römische Rechtslehrer bekanntlich bei der Normierung der Teilqualität. Auch die Gerichtsbarkeit wird als Zubehör des Lehens bezeichnet. Wie der Nebel den Luftraum über dem Sumpf erfülle und also zu ihm gehöre, genau so sei die Jurisdiktion mit dem Territorium verbunden[762] und ohne die Gerichtsbarkeit könne ein Lehngut nicht bestehen.

Zum Schlufs werden necessariae pertinentiae von pertinentiae arbitrariae seu utiles unterschieden. Bei dem gänzlichen Mangel des Teilbegriffes unter den germanischen Rechtskategorien ringen hier unklare und unsichere Vorstellungen nach einem entsprechenden Ausdruck. Der Römer hätte die necessariae pertinentiae schlechthin als wesentlichen Bestandteil bezeichnet, die arbitrariae dagegen eventuell als instrumentum eines fundus instructus.[763]

## § 23. Der Sachinbegriff und die Sache im modernen Recht.

Die „Idee“ der Einzelsache war den germanischen Rechtsvorstellungen zwar fremd, wohl aber kannten sie aus einzelnen selbständigen Körpern und auch Rechten zusammengefügte Verbände. Diese Sachgesamtheiten standen in einem nicht weniger innigen Zusammenhang als die römischen „universitates rerum“ und führten zu analogen rechtlichen Konsequenzen. Ohne feste Grundsätze und mit rein empirischem Tastsinn gruppierte man den sog. Zubehör um eine oft recht zufällig bestimmte Hauptsache und machte dieses willkürlich accentuierte Verhältnis zum Gegenstand ödester scholastischer Untersuchungen. Unter solchen Umständen konnte man es fast als eine Erlösung begrüſsen, als Hommel mit seinem „Pertinenz- und Erbsonderungsregister“ hervortrat. Zugleich bildete dieses nach subjektiven Beobachtungen, völlig regellos zusammengestellte Verzeichnis für jene Zeit den überzeugenden Beweis der Aussichtslosigkeit einer prinzipiellen Lösung der Frage.

In der That handelt es sich bei den sog. Pertinenzen in den allermeisten Fällen überhaupt nicht um eine selbständige Rechtskategorie, sondern entweder um wesentliche Bestandteile oder um einander gleichgeordnete Stücke von Sachgesamtheiten. Im ersten Falle ist die römische Begriffsphilosophie schlechthin maſsgebend, bei der Sachgesamtheit dagegen kommt ursprünglich eine deutschrechtliche Formation in Frage, die sich indessen gleichfalls als Begriffsganzes behandeln und unter die Vorstellung einer eigenen Idee zusammenfassen läſst.

Die Höhe der Entwickelung, auf welcher das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich steht, gestattet es ihm, die Kluft zwischen den abstrakt-philosophischen Lehren des römischen Rechts und dem sinnlich-tastenden Vorgehen der

germanistischen Praxis zu überbrücken. Ein richtiges Gefühl liefs sich bereits in der Behandlung der „wesentlichen" Bestandteile erkennen; im sog. „Inbegriff der Sachen" hat das Bürgerliche Gesetzbuch einem Rechtsinstitut bestimmte Gestalt verliehen, welches mit einer weiten prinzipiellen Fassung die notwendigen, durch Erfahrung festgestellten Erfordernisse des Verkehrslebens verband und dadurch ein lebensfähiges Glied des rechtspolitischen Fortschrittes bildete. Auch hier hat der Gesetzgeber schwerlich von vornherein mit klarem Bewufstsein den rechten Weg betreten; vorsichtig tastend ist er anfangs vorgegangen und es scheint fast, als habe er rein instinktiv einen Schritt von grofser prinzipieller Tragweite gethan. Noch die Motive zum ersten Entwurf waren sich über die Bedeutung dieser neuen Formation keineswegs klar. Ihnen schwebte noch die landläufige Vorstellung von der römischen universitas rerum mit ihrer nach damaliger Auffassung beschränkten Wirkung vor. Sie leugnen strikte, dafs eine Sachgesamtheit Gegenstand von Rechten sein könne. Von einem Niefsbrauch z. B. daran dürfe nicht gesprochen werden und jede einzelne Sache werde als Gegenstand des dinglichen Rechts behandelt, ohne Rücksicht darauf, dafs sie als Teil des Inbegriffs in Frage komme.[764]

Der selbständige rechtliche Charakter des Sachinbegriffs ist mittelbar erst in § 92. Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches zum Ausdruck gelangt. Hier werden bewegliche Sachen für verbrauchbar erklärt, wenn sie „zu einem Warenlager oder zu einem sonstigen Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäfsiger Gebrauch in der Veräufserung der einzelnen Sachen besteht". Darin liegt ein wichtiges Zugeständnis; der an sich vielleicht unverbrauchbare Gegenstand erhält durch seinen Hinzutritt zu einer Sachgesamtheit eine andere rechtliche

Natur — er wird eine res consumptibilis. Der Sachinbegriff hat also seinen eigenartigen, von den zu ihm gehörigen Gegenständen abweichenden Charakter. Obgleich er keine körperliche Sache ist, so gilt er dennoch überall als selbständiges, von seinen physischen Substraten verschiedenes Rechtsobjekt. Das ist ein Triumph des Begriffsrealismus im Sinne der klassischen Philosophen, welche die althergebrachte Empirie der deutsch-rechtlichen Praxis auf dem Gebiete der Sachgesamtheiten krönt, verallgemeinert und bestimmt.

Damit eröffnet sich uns eine weite Perspektive, die sich in den schüchternen Versuchen des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht ohne weiteres zu erkennen giebt. Wir haben jetzt diejenige Rechtskategorie gewonnen, welche das meiste umfaſst, was aus dem bisherigen Kataloge der Pertinenzen nicht unter den wahren Teilbegriff fällt. Denn sofern ein Objekt nicht vom „Wesen“ einer andern Sache verschlungen wird, sondern als etwas Gleichgeordnetes, wesentlich Selbständiges neben einem andern Körper steht, um gemeinsam einer eigenen Zweckbestimmung zu dienen, bildet es mit letzterem einen Sachinbegriff. Der langwierige und müſsige Streit um das Übergewicht der sog. Hauptsache, um ihren Einfluſs auf das Schicksal des Zubehörs ist damit erledigt. Die unklare Pertinenztheorie hat es verschuldet, wenn sich die bisherige Rechtsprechung in unserer Frage durch die allergröſste Unsicherheit auszeichnete. Hier und da wollte es scheinen, als gelange die gesunde Auffassung einer unbefangenen Empirie zum Durchbruch. Wir haben Entscheidungen aufzuweisen, kraft deren z. B. das Pfandrecht an Fabriken, Mühlen und sonstigen Industrieanstalten alles umfaſst, was der Sachgesamtheit als solcher eingeordnet ist.[765] In anderen Urteilen tritt dann wieder das graue Gespenst der herrschenden Theorie dazwischen und

belehrt den unbefangen denkenden Laien darüber, dafs es sich in den angeführten Fällen um eine Reihe selbständiger Objekte handele, die nicht als zu einem Ganzen verbunden gelten.[766] Diese Widersprüche müssen jetzt schwinden.

Eine Fabrik kennt keine Hauptsache und keine Pertinenz, sie ist ein Sachinbegriff, eine Gesamtheit von körperlichen Gegenständen. Auch nach den Anschauungen des modernen Verkehrs wäre z. B. der hypothekarische Gläubiger schwerlich befriedigt, wollte man ihm zur Deckung nur die leeren Wände einer verpfändeten Industrieanlage überlassen; ohne Zweifel hatte man beim Abschlufs des Pfandvertrages die Sachgesamtheit mit ihrer selbständigen Zweckbestimmung im Auge. Was eine unbefangene Praxis schon früher forderte, ist auch nach unserer Theorie richtig. Denn läfst man den Sachinbegriff als notwendige Kategorie gelten, so kann unmöglich angegeben werden, welches von den dazu gehörigen Objekten der Sachgesamtheit als Hauptgegenstand zu Grunde liegt und ihr Wesen bestimmt. Sie alle ergeben ein Ganzes und dienen koordiniert einer gemeinsamen Zweckbestimmung, welche als perpetuus usus hier nicht minder deutlich hervortritt, als in jeder beliebigen Einheitssache. Bei einem Industrieetablissement z. B. gilt das in gleicher Weise vom Grundstück, von den Gebäuden, vom Dampfkessel, den Maschinen und Gerätschaften, welche alle zusammen die Sachgesamtheit ausmachen.[767] Die sog. „Hofraite“ umfafst nach dem bestehenden Sprachgebrauch Wohnhaus, Hofraum und alle Gebäude;[768] was ist hier Hauptsache, was Zubehör? Der Verkehr umschliefst sämtliche Gegenstände und will nichts im Ganzen missen. Kann man etwa sagen, dafs die Maschinen einer Fabrik dem Gebäude dienen und als Pertinenz eines Immobils gelten? Sie bilden mit dem Grundstück und den Baulich-

keiten zusammen ein neues selbständiges Immobil — die Fabrik.[769]

Zu welcher Verwirrung jene unwesentliche und scholastische Betonung von Haupt- und Nebensache führen kann, beweist unter anderem ein Urteil des O.A.G. München,[770] wonach die Pertinenzqualität im „technischen Sinn" und die Mitverpfändung von Maschinen einer Fabrik nur deshalb geleugnet wird, weil „man wohl eher sagen könne, das Gebäude sei der Maschinen wegen da, als umgekehrt". Freilich sehr richtig bemerkt weiter unten dieselbe Entscheidung: „Maschinen und Gebäude dienen gemeinschaftlich einem dritten Zweck." Diese wahre Erkenntnis hat der Richter aber nicht weiter verwertet und die angemessenen Schlüsse nicht daraus gezogen.

Die gleichen Grundsätze gelten natürlich auch bei Gruben, Bergwerken und beim landwirtschaftlichen Inventar, denn bei der heutigen intensiven Bodenkultur wird sich schwerlich mit Sicherheit bestimmen lassen, was für den Gutsbetrieb das Notwendigere ist, das Grundstück oder seine Ausstattung. Wo aber die wirtschaftlichen Verhältnisse eine solche enge Verschmelzung noch nicht begünstigen, erkannte man, wie wir bereits gesehen haben, nach älterer Auffassung auch die Pertinenzqualität von Schiff, Vieh und Geschirr nicht an. Grundstück und Inventar standen sich alsdann wie zwei völlig unabhängige, rechtlich durch nichts verbundene Dinge gegenüber.

Die objektive Bedeutung des Sachinbegriffes bringt es mit sich, daſs er nur dort zur Geltung kommt, wo die vereinigten Gegenstände nach ihrer Beschaffenheit und Zusammenstellung ganz aufeinander angewiesen sind, wo sie also eine innere Notwendigkeit miteinander verbindet. Dieser Fall liegt daher nicht vor, wenn z. B. das Gebäude weder in einer den hineingestellten Maschinen speziell entsprechenden Weise konstruiert

war, noch bei der Wahl des Betriebes die besondere Anlage des Hauses mafsgebend gewesen ist. Kann letzteres Maschinen von beliebiger Beschaffenheit aufnehmen und zu den verschiedensten Industrien verwandt werden, so fehlt zwischen den vereinigten Gegenständen diejenige Beziehung, ohne welche der Zusammenschlufs zum Sachinbegriff im objektiven Sinn nicht angenommen werden darf. In solchen Fällen handelt es sich um eine Zusammenstellung einzelner, selbständiger Gegenstände, welche in dieser Verbindung vielleicht den vorübergehenden Zwecken einer gewissen Person zu dienen bestimmt war, nicht aber einen fest abgeschlossenen Inbegriff ausmachte.[771] Diese Unterscheidung haben die römischen Quellen sogar in Rücksicht auf die wesentlichen Bestandteile der res composita anerkannt.[772]

Derartige Beziehungen der einzelnen Substrate des Sachinbegriffes zu einander sind namentlich dann von Bedeutung, wenn sich aus irgend einem Grunde die Auflösung des Ganzen als notwendig erweist. Es kann sich z. B. ereignen, dafs mehrere im Grundbuche selbständig eingetragene Landparzellen zu einer Fabrik vereinigt und im Interesse des Unternehmens in verschiedener Weise bebaut wurden. Hier ist die Art der Ausstattung jedes der vereinigten Grundstücke von allergröfster Bedeutung. Ergiebt es sich, dafs keines von ihnen kraft seiner Stellung zum Ganzen einer selbständigen Zweckbestimmung dienen kann, so entfällt bei der Teilung auf jedes separierte Immobil eine entsprechende Wertquote des Fabriketablissements. Denn sie alle zusammen verfolgten in gleicher Weise und unter Aufhebung jeglicher individuellen Bestimmung nur die Zwecke des Inbegriffs, welcher seinerseits für die vereinigten Parzellen eine gleichmäfsig umfassende Bedeutung hatte. Anders verhält es sich, wenn trotz Aufhebung der

Sachgesamtheit jeder einzelne Teil dank seiner besonderen Ausstattung, abgesehen vom Gesamtzweck, noch anderen, selbständigen Bestimmungen dienen kann. Hier müssen z. B. die zur fraglichen Parzelle gehörigen Fabrikeinrichtungen als Substanzteile des separierten Grundstückes angesehen und ihm zugeschlagen werden.

Diesen Fall behandelt ein Urteil des Reichsgerichts vom 7. Mai 1898.[773] Drei laut Grundbuch separierte Landparzellen waren zu einem Seilereibetrieb vereinigt worden, später aber bei Auflösung des Etablissements gemäfs ihrer grundbuchlichen Stellung getrennt veräufsert. Es fragte sich, nach welchem Verhältnis die Maschinen der Fabrik unter die verschiedenen Parzellen verteilt werden sollten. Der Berufungsrichter gelangte zu dem Schlufs, „dafs jedem von den Grundstücken ein verhältnismäfsiger Teil des Wertes der Maschinen als Zubehör zugerechnet werden müsse, da sämtliche drei Grundstücke als ein Fabriketablissement gelten“. Diese Ausführung wäre zwar unter gewissen Umständen zutreffend, mit Recht aber legt das Reichsgericht darauf Gewicht, dafs im gegebenen Fall „trotz der Einheitlichkeit des Endzweckes jedes von den drei Grundstücken seine eigene und von den anderen verschiedene wirtschaftliche Bestimmung beibehalten habe.“ Sie alle gehörten zwar zum Fabrikgeschäft, „ein jedes diente ihm aber nur in einer bestimmten, seiner eigenen wirtschaftlichen Beschaffenheit entsprechenden Weise.“ Denn auf dem Grundstück Nr. 1 befand sich nur das Wohnhaus und Kontor, es eignete sich daher ohne jede Veränderung zu einer von der Fabrik unabhängigen Benutzung und ökonomischen Verwertung. Die Fabrik mit allen dazu gehörigen Maschinen war auf Nr. 2 etabliert und Nr. 3 umfafste Lagerräume und Speicher, die gleichfalls, abgesehen von der Seilerei, für viele

andere Zwecke als Niederlagen und Warenräume verwandt werden konnten. Bei seiner Auflösung mufste hier also der Sachinbegriff unmittelbar in eine Reihe selbständiger Objekte zerfallen.

---

Nachdem wir das Wesen des Sachinbegriffes im allgemeinen bestimmt haben, fragt es sich, welche Lage er im bürgerlichen Verkehr einnimmt und welche rechtlichen Wirkungen sich daraus ergeben? In erster Linie müssen wir seine prinzipielle Gleichstellung mit den zusammengesetzten Sachen anerkennen, wobei die Substrate der universitas den wesentlichen Bestandteilen der res composita entsprechen.[774]

Wie steht es mit den einzelnen dinglichen Rechten, welche am Sachinbegriff erworben werden können? Es wird zunächst bestritten, dafs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich die Gesamtheit von Gegenständen Objekt des Eigentums sein könne. Schon das Gemeine Recht hätte diese Möglichkeit verneint und wir müfsten daran festhalten, da auch nach unserer Auffassung die Einverleibung einer Sache in die universitas an sich das bisherige Eigentum an ihr nicht aufhebe.[775]

Was zunächst die Stellung des gemeinen Rechts zu dieser Frage anbetrifft, so haben wir bereits früher besonderes Gewicht auf die Vindicierbarkeit der Sachgesamtheit als Ganzes gelegt. Die rei vindicatio bildet doch den wesentlichsten rechtlichen Ausflufs des Eigentums und wo eine auf das Ganze gerichtete dingliche Klage besteht, wird auch die entsprechende Rechtsbasis anerkannt.[776]

Es ist zwar richtig, dafs die Verbindung mit der universitas das bisherige Eigentum an der Sache noch nicht aufhebt,

aber kommt nicht dasselbe auch bei Dingen vor, welche körperlich mit einer fremden res composita verbunden wurden? Ist den römischen Quellen die physische Einverleibung eines Gegenstandes in den andern stets identisch mit der Accession und dem Eigentumserwerb durch Verbindung? Für letzteren bestehen im klassischen Recht verschiedene spezielle Voraussetzungen in Übereinstimmung mit den herrschenden philosophischen Systemen. Aber trotz all' dieser Theorien und im Einklang mit ihnen giebt es zahlreiche Beispiele, wo Gegenstände einem *συνημμένον* angegliedert werden, ohne ihr eigenes *εἶδος* oder die bisher selbständige *ἕξις* einzubüſsen. Es sind das diejenigen Fälle, wo die Separierung der Objekte mit Hilfe der actio ad exhibendum herbeigeführt werden kann, um die Vindikation des bisherigen Substanzteiles zu ermöglichen. Die klassischen Rechtslehrer kennen dieses Verfahren z. B. behufs Trennung fremder Räder vom Wagen, der Thüren vom Schrank, der Edelsteine vom Ring oder Geschmeide, der Ornamente vom Leuchter, der Planke vom Schiff und dergl.[777] Wir sehen also, daſs die Verbindung mit einer fremden Sache das bisherige Eigentum an den Stücken gleichfalls nicht aufzuheben braucht und daſs die Accessionslehre im technischen Sinne ihr selbständiges engeres Gebiet beherrscht. Da aber trotz fremder Rechte an einzelnen Stücken die res composita dennoch Gegenstand eines unabhängigen Eigentums bleibt, so kann natürlich auch der Sachinbegriff als Ganzes seinen dominus haben und vindizierbar sein, während zugleich an den Substraten fremde Rechte möglich und realisierbar sind. Eine wichtige praktische Folge der Eingliederung jeder beliebigen Einzelsache in den Sachinbegriff besteht immerhin darin, daſs stets ein Eigentumsrecht des dominus universitatis an den Substraten präsumiert wird.

Dernburg[778] weist aufserdem noch darauf hin, dafs nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches Eigentum nur an körperlichen Sachen bestehen könne. Er hatte hierbei offenbar § 90 im Auge: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.“ Dieser Vorschrift liegt eine mifsverständliche Rezeption römischer Quellen zu Grunde, sie hat im klassischen Recht in solcher Fassung nie gegolten, widerspricht der modernen Verkehrsanschauung oder Praxis und dem Geiste des Bürgerlichen Gesetzbuches selbst. Es ist zu hoffen, dafs § 90 zu denjenigen Artikeln des deutschen Civilrechts gehören möge, die weder im Leben noch in der Fortentwickelung des Rechtes selbst irgend welchen Einflufs erlangen und in völliger Isoliertheit verbleiben.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich ist der Sachinbegriff ganz ohne Zweifel Gegenstand des Niefsbrauches.[779] Dieses dingliche Recht an ihm wird durch eine Reihe spezieller Vorschriften geregelt. Der konkrete Bestand der universitas mufs auf Verlangen unter Beteiligung eines zuständigen Beamten oder Notars festgestellt werden.[780] Bildet ein Grundstück samt Inventar das Objekt des Niefsbrauches, so kann der Usufruktuar den Sachinbegriff zum Schätzungswert übernehmen mit der Verpflichtung, ihn bei Beendigung seines Rechts zum gleichen Schätzungswert wieder zurückzuerstatten.[781] Das ist eine aestimatio venditionis gratia und hat zur Folge, dafs der Niefsbraucher die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung des Gegenstandes trägt. Man könnte hierbei an einen quasi usus fructus denken, weil das Bürgerliche Gesetzbuch unter gewissen Umständen Bestandteile des Sachinbegriffes für verbrauchbar erklärt. Diese Auffassung ist ndesisen nur dort zulässig, wo die bestimmungsmäfsige Ver-

wendung der Sachgesamtheit in der Veräufserung der einzelnen Objekte besteht, wo also eine beständig „wechselnde“ Zusammensetzung in Frage kommt.

Wie steht es mit der Vindikation des Sachinbegriffs? Bekanntlich hat die moderne Praxis die Zulässigkeit einer dinglichen Klage auf Herausgabe eines Warenlagers in seiner Gesamtheit geleugnet. Man meinte, ein Recht auf die universitas könne nur in der Weise geltend gemacht werden, dafs der Kläger seinen Anspruch auf jede Einheitssache richte, die dem Ganzen angehört. Mit andern Worten, er habe sein Eigentum an den zur Gesamtheit gehörigen Objekten nachzuweisen.[782] Hierin mufs nach Anerkennung des Sachinbegriffes als einer selbständigen Kategorie notwendig eine Änderung vor sich gehen. Wir sind jetzt genötigt, den Beweis des Eigentums am Ganzen unmittelbar zuzulassen. Eine gewisse Schwierigkeit könnte freilich darin gefunden werden, dafs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, wie schon nach gemeinem Recht, der vindizierende Kläger auch den Besitz des Beklagten zu beweisen hat.[783] Die klassischen Juristen leugneten aber den Besitz und die Ersitzbarkeit eines corpus ex distantibus, weil an einem Begriff keine possessio corpore ausgeübt werden könne.[784] Der Kläger käme also in die schwierige Lage, etwas beweisen zu müssen, was grundsätzlich nicht besteht. In der Besitzfrage wird sich unser Standpunkt vom römischen schwerlich unterscheiden. Indessen ist es denn nötig, dafs der Besitz des Beklagten an der Gesamtheit selbst dargethan werde? Ohne Zweifel genügt der Nachweis, dafs irgend welche Objekte des Sachinbegriffs unter die Herrschaft des Beklagten gelangt seien; daraufhin ist dann letzterer verpflichtet, eine genau spezifizierte Inventur über die gegenwärtige Zusammensetzung sowie über etwaige Veränderungen

des Inbegriffs vorzulegen. Das ist nicht nur billig, sondern geradezu unumgänglich, denn was in der Zwischenzeit mit der streitigen Sachgesamtheit vor sich gegangen ist, entzieht sich jeder Kontrole und Einsicht des Klägers. Ganz besonders trifft dieses bei solchen universitates zu, deren Bestand ihrer Bestimmung nach stetem Wechsel unterworfen ist wie mit Warenlagern. Prozesse der erwähnten Art kommen in Frage zwischen testamentarischen und gesetzlichen Erben, oder auch zwischen Ehegatten, insofern z. B. die Frau dem Manne ein im Gang befindliches Magazin zubrachte oder anvertraute, dessen Auslieferung sie nach Auflösung der Ehe beansprucht.[785]

Der Sachinbegriff als solcher kann ferner Objekt obligatorischer Verträge sein. Dafs in Bezug auf ihn Kaufkontrakte zulässig sind, wurde bereits erwähnt, aber auch Pacht und Miete können sich auf ihn erstrecken. Alles, was der Pächter für den Sachinbegriff erwirbt und ihm einverleibt, wird damit von selbst Eigentum des Verpächters.[786] Eine Ausnahme tritt ein bei überflüssigen oder all' zu wertvollen Anschaffungen; sie gehen im Falle der Ablehnung als Einzelsachen auf den Verpächter über. Zwar ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nur von Verpachtungen landwirtschaftlicher Grundstücke die Rede, wir werden indessen ohne Bedenken die oben angeführten Regeln auch auf Gruben, Bergwerke, Fabriken und andere Sachgesamtheiten ausdehnen dürfen.

Kann der Sachinbegriff Gegenstand eines selbständigen Pfandrechtes sein? Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält hierüber keine zweifellose Bestimmung; indessen wird das Pfandrecht auf Objekte, die im Verhältnisse des Zubehörs zu einer anderen Sache stehen, ohne weiteres ausgedehnt. Wir werden das Gleiche in Bezug auf koordinierte Sachen behaupten dürfen, welche durch den Begriff zu einer Gesamtheit verbunden sind.[787]

Zum Schlufs bedarf es eines Hinweises auf die Stellung des Sachinbegriffes in der Besitzlehre. Schon früher machten wir die Bemerkung, dafs die moderne Auffassung über diese Frage nicht wesentlich von der klassisch-römischen abweicht. Auch heute kann ein Besitz an der Gesamtheit als solcher nicht anerkannt werden; Objekt der thatsächlichen Herrschaft sind die einzelnen Substrate der universitas. Auch die Gründe dieser Ansicht bleiben für uns im allgemeinen die gleichen wie für die antiken Rechtslehrer. Auf Begriffe kann sich die rein physische Gewalt nicht erstrecken. Das corpus possessionis umfafst nur Körperliches und daraus folgt, dafs an den Substraten einer Sachgesamtheit allerdings ein verschiedener und getrennter Besitz seitens mehrerer Subjekte mit allen Rechtsfolgen ausgeübt werden kann.[788]

Hierbei wird indessen vorausgesetzt, dafs der äufsere thatsächliche Zustand der Objekte dieser getrennten Herrschaft entspreche. Das Bewufstsein des physischen Vermögens, „über einzelne Teile einer zusammengesetzten Sache als corpora separata zu disponieren, kann gar nicht entstehen, wenn und solange dieselben von dem Ganzen nicht getrennt sind und mit diesem im Besitz des Tradenten bleiben. Die Wirklichkeit widerstreitet hier dem etwa ausgesprochenen Willen der Interessenten“.[789] Mit andern Worten, damit an der fraglichen Einheitssache ein eigenes corpus possessionis ausgeübt werden könne, mufs sie von der Gesamtheit auch thatsächlich separiert sein; nur unter dieser Voraussetzung ist eine solche Herrschaft möglich.

Trotzdem, wie wir gesehen haben, zwischen der rechtlichen Lage der Substrate eines Sachinbegriffs und der wesentlichen Bestandteile einer res composita prinzipielle Übereinstimmung vorliegt, besteht im Verhältnis zur Besitz-

lehre zwischen beiden Kategorien ein wichtiger Unterschied. Im Gegensatz zu den Substraten der Sachgesamtheit sind die sog. Substanzteile ihrer ganzen Existenz nach mit dem Objekt so eng verbunden, daſs sie in letzterem völlig aufgehen und keine selbständige Bedeutung oder Bestimmung haben können. Sie sind begrifflich und oft auch physisch dem Gegenstande so fest angegliedert, daſs ihre Lostrennung nicht nur ihr eigenes Wesen, sondern auch dasjenige des Ganzen völlig ändern würde, unter solchen Umständen erscheint sogar die Fortexistenz der Dinge im bisherigen Sinn in Frage gestellt. Diesem Verhältnis haben die Römer einen in seiner Klarheit und Konsequenz trefflichen Ausdruck verliehen. Sie forderten behufs Ermöglichung eines gesonderten Besitzes die Anstellung der actio ad exhibendum. Erst nachdem dieses vorbereitende Rechtsmittel mit Erfolg durchgeführt worden war, konnte die rei vindicatio auf Grund des nunmehr getrennten Besitzes angestellt werden.[790] Erst jetzt galt der Beklagte als Besitzer des Streitobjektes, welches, so lange es im Ganzen steckte, kein eigenes corpus hatte. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich verdient daher vollste Beistimmung, wenn es in § 708. Abs. 2 verfügt: „An wesentlichen Bestandteilen einer Sache findet ein vom Besitze der letzteren abgesonderter Besitz nicht statt.“

In der Lehre vom Sachinbegriff haben wir uns absichtlich wiederholt der Analogie des Zubehörs, wie ihn die moderne Praxis kennt, bedient. Nach unserer bisherigen Darstellung wird es kaum möglich sein, einen grundsätzlichen, rechtlichen Unterschied zwischen den Substraten eines Sachinbegriffes und dem Verhältnis der Pertinenz zur Hauptsache zu finden.[791] Denn die Koordination oder Subordination sind keine Thatumstände mit rechtlichen Wirkungen. Sie haben

ihre Grundlage in den Anschauungen des Lebens, möglicherweise auch in ökonomischen Verhältnissen; für das Recht aber ist es gleichgültig, ob die Kollektividee des Sachinbegriffs gleichgeordneter Gegenstände, also z. B. ein Warenlager, das Objekt der Willensherrschaft ausmacht, oder ob der Begriff der sog. Hauptsache als allein anerkanntes Ding die rechtliche Sonderexistenz des Zubehörs verschlingt und erdrückt.

---

Die Idee der Sache ist also mit ihren rechtlichen Wirkungen im Bürgerlichen Gesetzbuch in doppelter Weise zur Geltung gelangt. Zunächst in einer unvollkommenen Form in der Lehre von den wesentlichen Bestandteilen und sodann mit ausgeprägten rechtlichen Folgen im Sachinbegriff. Immerhin besteht über die Art und Intensität der rechtlichen Wirkungen in beiden Fällen eine gewisse Unsicherheit. Was zunächst die wesentlichen Bestandteile anbetrifft, so werden sie in keiner Hinsicht als selbständige Sachen behandelt, sie können nie Gegenstand besonderer Rechte sein, dürfen nicht übertragen werden und von solchen dinglichen Rechten an ihnen, die sich nicht auf das Ganze erstrecken, ist keine Rede. Hieraus folgt, dafs auch die rechtliche Lage einer selbständigen Sache, die mit einer anderen als wesentlicher Bestandteil verbunden wird, eine Umwandlung erfährt. Je nachdem es sich um die Verbindung einander koordinierter oder subordinierter Gegenstände handelt, entsteht entweder Miteigentum der bisherigen Sondereigentümer, oder der Eigentümer der Hauptsache erwirbt alle Befugnisse an den hinzugefügten wesentlichen Bestandteilen. Über die obligatorischen Ansprüche auf Schadensvergütung, welche sich eventuell aus solchen Verschmelzungen ergeben können, gelten die bereits

im Zusammenhang mit der Accessions- und Spezifikationslehre entwickelten Sätze.

Ungeachtet dieser engen Verbindung zu einem Begriff ist eine spätere Abtrennung und rechtliche Separierung des bisherigen Bestandteils jederzeit gestattet. Ja sogar auf eine solche Absonderung gerichtete Verträge sind zulässig. Dem selbständigen Verkauf eines wesentlichen Bestandteils steht nichts im Wege, aber dieses Geschäft ist die venditio einer res futura, d. h. einer Sache, welche begrifflich noch nicht existiert, sondern vorläufig von einem anderen Sachwesen gefesselt und erdrückt wird. Die Erfüllung des Kontraktes ist nur möglich nach der thatsächlichen Abtrennung des Bestandteils von der Hauptsache;[792] die bisherige pars muſs in eine Lage gebracht werden, die ihrer neuen selbständigen Bestimmung entspricht. Erst nachdem in dieser Weise das Objekt gewissermaſsen zum Dasein erweckt ist, kann es geleistet werden.[793]

Welche Wirkung äussert die Idee in Bezug auf den Sachinbegriff? Kommt ihr hier dieselbe absolute Kraft zu, wie den wesentlichen Bestandteilen gegenüber, hören auch die von der universitas umschlossenen Gegenstände auf, eine selbständige Existenz zu führen? Uns scheint es, daſs ein grundsätzlicher Unterschied zwischen den wesentlichen Bestandteilen der Einzelsache und den zum Sachinbegriff gehörigen Körpern in dieser Frage nicht besteht. Das einheitliche Recht, welches die Gesamtheit als solche umfaſst, gestattet im Prinzip kein Sonderrecht an den in ihr aufgegangenen Körpern. Solange sich das Objekt in der universitas befindet, kann es nicht Gegenstand eines selbständigen Nieſsbrauches oder Pfandrechtes sein, es kann rechtlich keine Doppelrolle spielen, d. h. die Existenz des Sachinbegriffs begründen und

stützen und auf der anderen Seite seine eigenen Schicksale haben. Steht ein solcher Körper aber in fremdem Eigentum, so ruht letzteres, solange die Verbindung der Sache mit dem Inbegriff dauert. Ganz nach Analogie der römischen Quellen hat der dominus dieser Einzelsache auch kraft unserer modernen Anschauungen nur das Recht, Trennung und Herausgabe seines Eigentums zu verlangen.[794] Welche Befugnisse verbleiben z. B. dem Eigentümer eines auf einer fremden Fabrik aufgestellten Dampfkessels? Kann er ihn, solange der Zusammenhang mit der Fabrik dauert, verpfänden oder einen Nieſsbrauch an ihm bestellen? Ist er etwa durch diese Verbindung Miteigentümer des ganzen Etablissements geworden? Natürlich nichts von dem allen. Wohl aber kann er beanspruchen, daſs der Kessel gemäſs den Wirkungen der actio ad exhibendum separiert und ihm ausgeliefert werde. Es macht keinen Unterschied, ob der bestimmungsmäſsige Gebrauch des Sachinbegriffes in der Veräuſserung der einzelnen Substrate besteht, oder ob die universitas in ihrer gegenwärtigen Zusammensetzung einen stabilen Charakter hat.

Welche groſse Bedeutung jener feste Zusammenschluſs der Sachgesamtheiten für den Verkehr hat, welche rechtspolitische Wirkung dadurch erzeugt wird, daſs man insbesondere bei Beschlagnahmen und Zwangsvollstreckungen den Inbegriff als ein geschlossenes Objekt behandelt, das brauchen wir hier nicht näher auszuführen. Es liegt auf der Hand, daſs die allgemeinen volkswirtschaftlichen Interessen schwer durch Verzettelung und Zerstückelung jener Gütermassen geschädigt würden. Alle diese Erwägungen sind von neueren Schriftstellern in Bezug auf Pertinenzen so oft verteidigt worden, daſs sie jetzt fast als Gemeinplatz gelten; was aber beim Zubehör

unstreitig anerkannt ist, mufs ohne weiteres auch auf den Sachinbegriff erstreckt werden.

Der Begriffsrealismus, welchem unsere Darstellung das Wort redet, mag manchen modernen Juristen befremden. Gelangen wir doch zum Satz, dafs auch Begriffe, welche selbst keine körperlichen Gegenstände sind, sondern solche nur zum Substrat haben, dennoch Objekte einer dinglichen Herrschaft oder eines dinglichen Rechtes sein können. Im Sinne des Privatrechts sind auch sie Sachen — res. Trotzdem sollte man sich gegen dieses Ergebnis nicht sträuben, zumal es im Bürgerlichen Gesetzbuch schon anerkannt ist. Nur eine allgemeine Fassung fehlte, weil für ein solches prinzipielles Zugeständnis die Denkformen mangelten oder unbekannt waren.

---

Eigentümlich nimmt sich unserer Darstellung gegenüber der § 90 des Bürgerlichen Gesetzbuches aus. Er bestimmt, dafs Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände seien, aber dieser Grundsatz ist nicht durchgeführt, er konnte nicht durchgeführt werden, weil er niemals den Erkenntnislehren einer entwickelten Jurisprudenz entsprochen hat. Er bildet einen fühlbaren Rückschritt von der Praxis des Preufsischen Allgemeinen Landrechts, welches den Begriff der Sache ausdrücklich nicht nur auf sog. körperliche Dinge beschränkte.[795] Sätze wie der § 90 legen unser modernes Sachenrecht in ein Prokrustesbett, in welchem die bessere, vorläufig vielleicht noch instinktive Einsicht verstümmelt wird aus Furcht, es möchte jene ganz einseitige und daher irrtümliche Definition verletzt werden. Wir wollen hier nicht näher auf all' die Unzuträglichkeiten eingehen, welche noch kürzlich der scholastische und mit vielen So-

phistereien geführte Streit über die rechtliche Stellung der Elektrizität im Verkehr hervorgerufen hat. Diese Kontroverse liefs die moderne Rechtswissenschaft nicht nur in den Augen gelehrter Physiker, sondern auch schlichter Techniker in einem sehr sonderbaren Lichte erscheinen.[796] Und wenn es auch nicht dem geringsten Zweifel unterläge, dafs die Elektrizität nicht zur sog. Materie gehört, kein Körper, sondern eine Kraft ist, so steht nach unserer Auffassung der natürlichen Herrschaftsobjekte dennoch dem nichts im Wege, dafs diese Naturkraft, wofern sie nur konkret bestimmt und begrenzt ist, dem Willen des Subjekts untergeordnet, dafs an ihr ein sog. dingliches Recht bestellt werde.

Die Elektrizität ist eine Kraft, welche sich entweder in der Materie oder im sog. Äther aufserhalb der Materie offenbart. Ohne Zweifel hätten die Stoiker nicht gezögert, den Äther im elektrischen Zustand, ja die Elektrizität selbst nach Analogie des *πνεῦμα* für substanziell zu erklären, genau so wie sie es mit der vox, wir würden sagen mit der Schallwelle, auch wirklich thaten.[797] Dieser Sensualismus wird heute nicht mehr anerkannt und der moderne Jurist geht scheinbar auf Aristoteles zurück, indem auch er nur die körperliche Sache als das empirisch Tastbare der Idee gegenüberstellt.

In unserer heutigen Naturphilosophie spielt das Körperliche oder die sog. Materie nur noch insofern eine Rolle, als es wenigstens im Laufe des 19. Jahrhunderts noch die Substanz der Physik und der Chemie bildete. Nach Ostwalds[798] geistreicher Bemerkung ist diese Materie „sozusagen als Verdampfungsrückstand hinterblieben, nachdem viele von den Substanzen des 18. Jahrhunderts, insbesondere der Wärmestoff, die elektrischen und magnetischen Materien, das Licht und noch manche andere im Laufe der Zeit ihres Substanz-

charakters verlustig gingen und als ‚Kräfte‘ ein mehr geistiges Dasein zu führen angewiesen wurden.“

Überhaupt verursacht die Bestimmung des Wesens der Materie nach dem heutigen Stande der Wissenschaft nicht geringe Schwierigkeiten. Der alte Stoffbegriff sollte alles Physische umfassen, aber er erwies sich in neuester Zeit als viel zu eng. Die Forschungen von Robert Mayer,[799] Helmholtz[800] und anderer haben den Kreis der heute anerkannten Realitäten durch die Einführung der Energie bedeutend erweitert. Es bildete sich in der Physik ein Dualismus, welcher die Materie und die Energie umfaſste, mehr und mehr gewann aber letztere an Boden; das Gebiet des Stofflichen ward zurückgedrängt und heute verkündet man sogar den Satz, daſs „alle Naturerscheinungen sich in den Begriff der Energie einordnen lassen“.[801] Letzterer eigne sich also ganz besonders dazu, als vollständige Lösung des im Substanzbegriff aufgestellten Problems zu gelten. Der Begriff der Materie stände diesem Erfolge bloſs hinderlich im Wege.

Es mag sein, daſs die herrschende Meinung zu dieser einfachen Auffassung noch nicht durchgedrungen ist, jedenfalls wird die einseitige Betonung der Materie oder des Körperlichen heute von niemandem mehr aufrecht erhalten. Das sog. Sachenrecht hat die Aufgabe, die menschliche Herrschaft über die uns umgebende Natur entsprechend den objektiven Normen zu regeln. Jede natürliche Realität, welche sich der menschliche Wille unterordnet, erscheint als geeignetes Objekt für seine dauernde Herrschaft. Das einzige konkrete Erfordernis ist hier Bestimmtheit und Begrenztheit des Gegenstandes. Wo diese Voraussetzungen mangeln, kann auch das Körperliche unserer Gewalt nicht unterworfen sein und weshalb soll andererseits die Energie nicht als Rechtsobjekt gelten, wenn

sie sich als finitum oder *πεπερασμένον* darstellt. Ohne Zweifel steht in diesem Sinne die elektrische Kraft oder Arbeit in der Machtsphäre des Rechtssubjekts, sie kann abgegrenzt, quantitativ bestimmt und gemessen werden.[802] Sie erscheint von diesem Gesichtspunkt aus als vertretbare Sache. Hat etwa im Gegensatz hierzu das Körperliche besondere Eigenschaften aufzuweisen, welche es in einem höheren Mafs oder gar ausschliefslich für den dinglichen Rechtsverkehr befähigen? Ist zunächst die Ausdehnung im Raum ein notwendiges Erfordernis der menschlichen Herrschaft? Zur Rechtssphäre gehören Gegenstände, in Bezug auf welche das keineswegs zutrifft. Freilich fand man nach der bisherigen engen Auffassung dergleichen Objekte nicht im Sachenrecht, wohl aber auf anderen Gebieten. Welche Bedeutung hat ferner für das Sachenrecht die Undurchdringlichkeit der sog. Körper? Und die Unzerstörbarkeit der Materie ist vollends für das Recht gleichgültig, da auch nach der heutigen Auffassung Rechtsobjekte als vernichtet gelten, obgleich es sich vom natürlichen Standpunkt aus um den Übergang von einer Erscheinungsform zur andern handelt.[803]

Einen sehr wichtigen Fortschritt in der dinglichen Beurteilung der natürlichen Energie oder Arbeit enthält das Gesetz, betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit, vom 9. April 1900. § 1 lautet:

„Wer einer elektrischen Anlage oder Einrichtung fremde elektrische Arbeit mittelst eines Leiters entzieht, der zur ordnungsmäfsigen Entnahme von Arbeit aus der Anlage oder Einrichtung nicht bestimmt ist, wird, wenn er die Handlung in der Absicht begeht, die elektrische Arbeit sich rechtswidrig zuzueignen, mit Gefängnis und mit Geldstrafe bis zu 1500 Mk. oder mit einer dieser Strafen bestraft.“

Damit ist die elektrische Energie oder Arbeit als Objekt einer dinglichen Entwendung anerkannt. Es ist ein Beispiel für die Zersplitterung der modernen Gesetzgebung, dafs zu derselben Zeit jener § 90 des B. G. B. Rechtskraft erhielt, welcher die weitere Entwickelung des Sachenrechts notwendig hemmen und in eine der Naturerkenntnis unserer Zeit fremde Richtung drängen mufste.

---

Fünftes Kapitel.

# Die Teilbarkeit der Sachbegriffe und der Körper.

## § 24. Das Verhältnis der ideellen zur körperlichen Teilbarkeit.

Die Beziehung zwischen dem Begriff der Sache und ihrer körperlichen Erscheinung konnte auf die Lehre von der Teilbarkeit der Dinge nicht ohne Einfluſs sein. In der That, was als teilbar gilt und was man unter der Teilbarkeit versteht, ist zunächst keine juristische Frage, auch mit ihr haben sich in erster Linie die Philosophen beschäftigt.

Da in jedem Objekte zwei Momente, die Idee und ihre körperliche Erscheinung, unterschieden wurden, so war auch eine doppelte Art der Teilbarkeit möglich. Es gab eine Teilung der Idee und des Körpers, eine ideelle, intellektuelle, intellegibele[804] und eine physische Teilbarkeit.

Der Begriff ist als etwas im Geiste — animus — Gedachtes ohne jede Einschränkung und unter allen Umständen zerlegbar. Man braucht nur in der ψυχή die Teilung zu vollziehen und statt eines geschlossenen Begriffes mehrere Begriffsteile zu denken. Denn genau wie mens und consilium körperlich getrennte Objekte zum geschlossenen Ganzen zusammenfassen, ebenso kann dieses Begriffsganze kraft seiner primären Natur über die körperlichen Erscheinungen hinweggehoben und im animus geteilt werden, obgleich ein physischer Zusammen-

hang fortbesteht. Die Idee ist an äufsere Erscheinungen nicht gebunden, die materielle Verbindung von Gegenständen macht sie noch nicht zu Bestandteilen eines Begriffsganzen.[805] Auf diesen Erwägungen beruht die Lehre der klassischen Juristen von den intellegibeln Teilen. Letztere sind Begriffsteile, Teile der Sachidee, während die körperliche Gestalt des Dinges unberührt bleibt — intellectu magis partes habet, quam corpore.[806]

Bereits Plato hat die Idee in der Sache als das Primäre hingestellt, aus diesem Grunde mufste den Philosophen auch die Teilung und Teilbarkeit der Idee als die prinzipielle, als die Teilbarkeit schlechthin — *κατ' ἐξοχήν* — erscheinen. Den gleichen Gedanken giebt Quintus Mucius in seinem ohne den philosophischen Schlüssel ganz unverständlichen Worten Ausdruck. Als wahre Teilung, sagt er, gilt die intellegible — „partis appellatione rem pro indiviso significari", nur hierin trete der rechte Gegensatz von Teil und Ganzem zu Tage, denn nach der Aufhebung des physischen Zusammenhanges habe man es nur noch mit Einzelkörpern zu thun, während das Ganze nicht geteilt, sondern zerstört sei.[807] Das entspricht vollkommen den metaphysischen Grundsätzen von den Teilen überhaupt; was mit dem animus der Trennung physisch zerlegt wurde, wird auch begrifflich nicht mehr zusammengehalten. Begriff und körperliche Erscheinung funktionieren dann in derselben Richtung, zwischen beiden besteht kein Widerspruch, das Resultat ist völlige Auflösung des Objekts in Sonderkörper. Deshalb gilt nur der intellegibele Teil als Teil im Ganzen, im Gegensatz zum Ganzen; in Bezug auf ihn kann man vom Eigentum am ungeteilten Körper — totius corporis pro indiviso — und zugleich am Teil — pro parte — reden. Beides unterliegt der Willensherrschaft, in der Welt der Erscheinungen der ganze

Körper, in der Welt der Idee nur ein Teil.[808] Ebenso kann dieselbe Sache pro indiviso, d. h. körperlich als Ganzes, und zugleich intellectu pro parte verpfändet werden:

L. 7. § 4. Dig. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. 20. 6. Gajus libro singulari ad formulam hypothecariam: Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata.[809]

Nirgends finden wir den Gegensatz zwischen der intellegibeln und körperlichen Teilung besser ausgedrückt als hier. Ein Miteigentümer hat seinen intellectuellen Anteil an der gemeinsamen Sache verpfändet. Später erfolgt Auflösung des Miteigentums und physische Zerlegung seines Objekts. Es fragt sich nun, was bleibt dem hypothekarischen Gläubiger haftbar? Man könnte meinen die körperliche Hälfte, welche seinem Schuldner bei der Aufhebung des Miteigentums zufiel. Das trüge wesentlich zur Klärung der Beziehungen bei; der unbeteiligte Sozius schiede mit seiner nunmehr abgesonderten Sache aus und würde nicht weiter von einem Rechtsverhältnis berührt, an dessen Begründung er keinen Anteil genommen hatte. Auch die Stellung des Gläubigers wäre dadurch vermutlich nicht gefährdet, da bei physischen Teilungen die körperliche Hälfte dem Werte nach der intellegibeln zu entsprechen pflegt. Trotzdem wird anders entschieden, denn die selbständige Sache, welche nach Aufhebung des Miteigentums dem hypothekarischen Schuldner zufiel, ist niemals Gegenstand des Pfandnexus gewesen. Letzterer erstreckte sich auf die intellectuelle Hälfte des ehemals physisch ungeteilten Körpers und diese war und bleibt auch das alleinige Pfand-

objekt. Die vorher stattgehabte ideelle Teilung wird durch die nachfolgende körperliche nicht berührt.

Dem antiken Begriffsrealismus entsprechend ist die Teilung der Idee eine wirkliche Sachteilung, nicht die Teilung des Rechtes, sondern seine Vervielfältigung; es besteht hier eine Analogie mit der physischen Teilung des Körpers.

Der ideelle Teil ist ferner Gegenstand eines besonderen Nieſsbrauchs,[810] an ihm wird das Eigentum erworben und verloren. Bei der Erfüllung einer Obligation oder Stipulation wird z. B. eine pars Stichi geleistet, auf diese begriffliche pars erstreckt sich das neue Eigentum, während der Körper ein „indivisum“ bleibt.[811] Ist also die intellektuelle Teilung vor sich gegangen, so entsteht an Stelle des bisherigen einfachen dinglichen Rechts, welches sich sowohl auf den ungeteilten Körper, als auch auf die ungeteilte Idee erstreckte, eine Reihe selbständiger Rechte an den Begriffsteilen, trotz Zusammenhanges des körperlichen Substrates. Dieser Bestand eines gesonderten Eigentums an einzelnen Begriffen ungeachtet der Verschmelzung des Stoffes ist uns nichts Neues. Wir konnten sie bereits bei der physischen Verbindung mehrerer Objekte mit einander beobachten und zwar in den Fällen, wo keinem εἶδος das Übergewicht zukommt; jede der beteiligten Personen behält das Eigentum an ihrem Begriffsganzen.[812] Auch hier giebt es also zwei nach Ursprung und Bestand gesonderte Eigentumsrechte an einem geschlossenen physischen Körper, welche nur durch die Mehrheit der Begriffe hervorgerufen wurden.

### § 25. Das Wesen der ideellen Teilung.

Im Gegensatz zum Altertum hat die moderne Rechtswissenschaft die philosophische Kategorie des Sachbegriffes

kaum oder nur mit grofsen Einschränkungen berücksichtigt. Dadurch entging ihr eine einheitliche Grundlage für die gesamte Lehre von der ideellen Teilung und Teilbarkeit, und die abweichendsten Hypothesen gewannen einen weiten Spielraum. Der Schlüssel zur Denkmethode der klassischen Rechtslehrer fehlte, ihre an sich klaren und ganz unzweideutigen Aussprüche wurden nicht verstanden und mufsten zu den widersprechendsten Theorien herhalten.

Unter den neuen Schriftstellern hat Steinlechner[813] richtig herausgefunden, dafs bei den ideellen Teilen zunächst nur Rechtsverhältnisse an Sachen, nicht an Forderungen in Frage kommen. „Wo eine Obligation geteilt wird, handelt es sich um die Entstehung einer Mehrheit von selbständigen, von einander unabhängigen Forderungen und Schulden. Es liegt eine Vervielfältigung des ursprünglichen Rechts vor.“ In diesem Sinne sei das Problem bereits von den XII Tafeln entschieden und nachher nicht mehr in Frage gezogen worden. Auch darin hat Steinlechner das Richtige getroffen, dafs es sich hier um etwas handele, was die Sache selbst, nicht das Recht an ihr betrifft, also um etwas durchaus Reales; „um so mehr als die pars pro indiviso von den Quellen sogar als res bezeichnet wird.“[814] Dieser richtigen Erkenntnis widerspricht es dann freilich, wenn er bei der Zerlegung in ideelle Teile im Gegensatz zur körperlichen Teilung und zur Teilung der Obligationen keine wirkliche, sondern eine blofse Scheinteilung wahrhaben möchte.[815] Wir sehen, Steinlechner geht anfangs entschlossen und mit sicherem Schritt auf das wahre Ziel los, gerät aber bald ins Schwanken, weil ihm das leitende Moment — die Kategorie des Begriffs oder der Idee mangelt. Dieser Umstand zwingt ihn mit dem „Schein“ zu operieren und sich nach irgend welchen Eigentümlichkeiten der Sache

umzuthun, welche trotz physischer Integrität des Gesamtkörpers, sei es auch einer solchen Scheinteilung, unterliegen könnten. So ist er zur Wiederholung der Windscheidschen Theorie von der Teilung des Wertes der Sache gelangt. Dieser Wert oder das Interesse sei „besonders nach römischer Anschauung der eigentliche Träger, der effektive Gehalt eines Rechtes.“[816] Das Problem bestehe hier im Gegensatz zwischen dem „in solidum“ und „pro parte“. „Bei Aufstellung dieses Gegensatzes war es den römischen Juristen überhaupt nicht zunächst um die Frage, ob Einheit oder Mehrheit von Rechten bestehe, zu thun, vielmehr um den Umfang der Verwirklichung der jedem Konkurrenten zukommenden Berechtigung.“ Mit dem Worte „in solidum“ drücken die Römer immer die Unbeschränktheit des Inhaltes eines Rechtes aus und der Gegensatz von „in solidum“ und „pro parte“ bedeute „die Möglichkeit der mehrfachen resp. der teilweisen Realisierung des Inhaltes eines Rechtes.“[817] Das Wesen der Scheinteilung erblickt Steinlechner darin, dafs hier nicht die Sache — also der Körper — selbst auch nicht das Recht an ihr, sondern dafs etwas anderes als geteilt gelte, „was dann im Geiste auf die Sache projiciert werde.“[818] Dieses Andere sei, wie gesagt, der Wert des Dinges, die Realisierung des Rechtsinhaltes.

Wir haben bereits oben darauf hingewiesen, was die Römer bei der ideellen Teilung als verbunden und was als zerlegt ansahen. Der geteilte Begriff galt ihnen genau so gut als reales Objekt der Willensherrschaft, wie ein geteilter oder ungeteilter Körper. Jeder Begriffsteil wird wieder ein selbständiger Begriff, genau so wie ein Körperteil nach der Zerlegung ein selbständiger Körper wird. Aus der Vervielfältigung der Objekte folgt mit Notwendigkeit auch eine Vervielfältigung des Rechtes selbst, nicht aber seiner blofsen Reali-

sierung. Steinlechner räumt selbst ein, dafs die Frage, ob Einheit oder Mehrheit von Rechten mit seiner Theorie überhaupt nicht beantwortet sei, sie löse sich aber von selbst: in ersterem Falle, d. h. beim solidum, sei selbstverständlich eine Mehrheit solcher Rechte an derselben Sache möglich; in letzterem Falle, also wohl beim „pro parte", nur dann, „wenn der Begriff des fraglichen Rechts eine quantitative Abstufung seines Inhaltes verträgt."[819] Soviel über diese Theorie; auch dadurch wird das Wesen der ideellen Teilung schwerlich geklärt, dafs Steinlechner sie im Zusammenhang mit der Kollision der Rechte behandelt. Im letzteren Falle ist überhaupt nichts geteilt und wenn dann durch Konkurs der am Ganzen gleichmäfsig Berechtigten thatsächlich eine Beschneidung, Begrenzung und Absplitterung der Ansprüche vor sich geht, so hat dieser Vorgang nicht das geringste mit dem wahren Teilungsprozefs gemein. Der Unterschied wird deutlich, wenn man das Zusammentreffen mehrerer völlig gleichwertiger Pfandrechte an der ganzen Sache, dem Pfandrechte an ihrem ideellen Teil gegenüberstellt. Auch im ersten Fall kann bei der Realisierung der Ansprüche eine Teilung des Objektes stattfinden, doch dann liegt eine Inkongruenz zwischen Recht und Erfüllung vor und nur diese gegenseitige Beschränkung erzeugte die Teilung des Rechtsobjektes. Die Verpfändung des ideellen Teiles aber hat von vornherein nicht das Ganze zum Gegenstande und die Teilung besteht hier auch im Zustande der Ruhe und unabhängig von der Realisierung des Anspruches. Sehr gut bemerkt Eck,[820] dafs nach Steinlechners Auffassung es gleichbedeutend sei, ob zwei Personen z. B. der Niefsbrauch einer Sache je zur Hälfte oder in solidum vermacht wird, da ja beide Male die Teilung nur concursu eintrete.

Die klassischen Rechtslehrer waren sich des Unterschiedes zwischen der ideellen Teilung als eines fest konstruierten Rechtsinstitutes und jener zufälligen Zersplitterung, welche durch das Zusammenströmen mehrerer Berechtigter auf einem Objekte vor sich geht, immer bewufst. Anders verhält es sich freilich mit jener „gesunden Abneigung“ gegen das Miteigentum überhaupt, die neuere Juristen[821] im Hinblick auf manche wirtschaftliche Übelstände zur Schau tragen. Nur zu leicht ist man noch heute geneigt um jener Mängel willen im ganzen Institute der ideellen Quote eine ungesunde Abnormität zu erblicken, deren Beseitigung in jedem konkreten Falle nach Kräften zu fördern sei und angeblich schon von den Römern angestrebt wurde.

Dafs Steinlechners Theorie von der Zuständigkeit desselben ungeteilten Rechts für mehrere Subjekte, die im solidum zum Ausdruck komme, juristisch annehmbar ist, hat die Kritik eingeräumt[822] und auch wir wollen dem nicht widersprechen. Nur im gegebenen Falle lag zu dieser sehr gekünstelten Konstruktion keine Veranlassung vor. Näher auf Steinlechners mit lebhafter Dialektik verteidigte Ansicht einzugehen, liegt leider nicht im Rahmen unserer Darstellung. Er ist nicht ohne Anhänger geblieben,[823] hat aber auch mehrfach scharfsinnigen Widerspruch erfahren. Für uns war namentlich seine Auffassung der Quellen von Bedeutung.

Wir haben Steinlechners Untersuchung in den Vordergrund unserer Besprechung der modernen Ansichten gestellt, nicht nur weil sie in der neuesten Litteratur über die ideelle Teilbarkeit eine hervorragende Stellung einnimmt, sondern auch weil sie mit Entschlossenheit und Scharfsinn der früher herrschenden abstrakt-unklaren Lehre von der Teilung des blofsen Rechtes entgegengetreten ist. Wie diese ganz un-

römische Theorie unter den modernen Schriftstellern entstehen konnte, ist trotzdem leicht zu begreifen. Dafs bei den partes pro indiviso irgend etwas geteilt sei, darüber bestand kein Zweifel, es galt nur diese Teilung so oder anders auf den ungeteilten Körper zu projicieren. Schon vor Steinlechner hat Wächter das zuerst mit aller Klarheit ausgesprochen. „Die intellektuelle Teilung ist die Negation der physischen Teilung, dabei aber doch die Affirmation einer Teilung. Die Sache wird hier nur als geteilt gedacht, sie erscheint nur als geteilt, während sie in Wirklichkeit ungeteilt ist; dieser Schein einer Teilung entsteht dadurch, dafs das an der Sache begründete Recht wirklich geteilt ist.“[824] Wir begegnen hier der richtigen Erkenntnis, dafs nach Auffassung der römischen Juristen etwas Unkörperliches geteilt wurde, aber was dieses Unkörperliche sei, konnte man nicht ergründen und erklärte deshalb nicht die Sache, sondern das auf sie projicierte Recht als wirklich geteilt. Wächter hat es durchgefühlt, dafs es sich hier um einen Vorgang handele, welcher die Sache betrifft und sich auf dem Gebiete der Ideen vollzieht, also „gedacht“ werden mufs. Der antike Begriffsrealismus mit seinen Begriffsteilen war ihm aber fremd und die dadurch entstandene Lücke wurde mit der „wirklichen Teilung des Rechtes“ ausgefüllt.

Das Hauptverdienst Wächters besteht in der strengen Sonderung der Teilbarkeit der Sachen und Rechte. Er hat die Irrtümer der alten Theorie, welche die intellektuelle Teilung nur auf Rechte bezog und von der Sache völlig abstrahierte,[825] überzeugend aufgedeckt und ihre Haltlosigkeit dargethan.

In der Suche nach dem Teilungsobjekt sind aufser Steinlechner noch andere Schriftsteller zur Lehre von der Teilung

des Wertes der Sache gelangt. Der namhafteste Vertreter jener Richtung ist Windscheid. Es muſs eine schlimme Zwangslage gewesen sein, welche diesen schärfsten und konsequentesten Dogmatiker unserer Zeit zu solch einem Sprung in das ganz unsichere Gebiet rechtspolitischer Kombinationen trieb und ihn veranlaſste, völlig unkommensurable Gröſsen wie Recht und Wert mit einander zu verbinden. Es konnte nicht ausbleiben, daſs Windscheid der heftigen Kritik, welche sich von allen Seiten erhob, schlieſslich wich, um so mehr als seine Werttheorie allen Methoden widersprach, die er bei seinen konstruktiven Arbeiten zu befolgen pflegte. In den neuesten Auflagen seines Lehrbuches hat er die Ansicht von der Teilung des Wertes der Sache fallen lassen.[826] Litteraturhistorisches Interesse wird jene Anschauung dennoch behalten, zumal sie nicht nur vor, sondern auch noch nach ihm hie und da vertreten wurde.[827] Bei dem Fiasko, welches diese Theorie im allgemeinen gemacht hat, lassen sich die scharfsinnigen Gründe, welche dagegen ins Feld geführt wurden, hier wohl übergehen. Auf den schwankenden, relativen Charakter des Wertbegriffes hat insbesondere Exner hingewiesen.[828] Der Hauptmangel von Windscheids Auffassung besteht übrigens darin, daſs sie die Frage vom ideellen Teil sowie den Begriff des ideellen Teils selbst ignoriert und etwas für geteilt erklärt, was mit der Sache und dem Recht einen zufälligen Zusammenhang haben kann, an sich aber eine selbständige Erscheinung ist.[829] Es handelt sich also hierbei um eine konstruktive Entgleisung schlimmster Art, die natürlich auch sofort bemerkt und gebührend gekennzeichnet worden ist.[830]

Schlieſslich findet sich in der neuen Litteratur noch eine Auffassung, welche die ideelle Teilung nicht als Teilung der Sachen, sondern der Personen ansieht. Wir führen

diese Ansicht der Vollständigkeit wegen hier an, obgleich ihr Widerspruch mit den Quellen von vornherein in die Augen springt. Es handele sich um eine Teilung des Rechtssubjekts, eine subjektive Teilung, welche der objektiven Teilung in partes pro diviso gegenüberstehe. Die Mitberechtigten bildeten nämlich einen geschlossenen Kreis, sie seien wie ein Individuum Eigentümer eines einzigen Objektes. Geteilt ist also diese Kollektivperson, auf welche das Objekt in seiner Totalität bezogen wird. Jeder Fall des Miteigentums stellt sich als Korporation dar. Das ist ein Standpunkt, wie er hie und da auch in der älteren Litteratur geltend gemacht wurde.[831] Steinlechner hat darin mit Recht einen Anklang an Iherings Theorie von der juristischen Person gefunden, insofern auch hier zwischen der Einzelbeziehung der Beteiligten nach innen und der Kollektivbeziehung nach aufsen unterschieden werde.[832]

---

Mögen all' diese Anschauungen vom Wesen der ideellen Teile noch so weit von dem abweichen, was die klassischen Rechtslehrer hierüber dachten, so hat die moderne Wissenschaft in unserer Frage dennoch ein hohes Mafs wahren juristischen Empfindens bewahrt. Ohne eigentliche Kenntnis von den Ideen, welche der römischen Theorie hier zu Grunde lagen, fand die Mehrzahl der neueren Schriftsteller doch eine gewisse Annäherung an den Standpunkt der römischen Juristen und das ist ohne Zweifel ein wertvoller Mafsstab für die psychologische Notwendigkeit des klassischen Gedankens. Ganz besonders geniefst diesen Vorzug die heute so verbreitete Lehre von der Teilung des Rechtsinhaltes.[833] In der That, was ist der Inhalt eines dinglichen Rechtes? Eine je nach dem Umfange des Rechtes verschieden normierte Herrschaft der

Person über die Sache. Diese rechtliche Herrschaft setzt aber zugleich eine feste Vorstellung und Begrenzung des Begriffes des beherrschten Objektes voraus, ja sie erstreckt sich im Gegensatz zur physischen Macht, zur körperlichen Detention gerade auf diesen Begriff des Gegenstandes und durchaus nicht mit Notwendigkeit auf seine Materie. Man denke nur an das Faustpfand oder überhaupt den Besitz durch Stellvertretung. Ungeteilt ist bei der ideellen Teilung die physische Macht wie der Körper der Sache selbst. Das haben unsere klassischen Vorbilder kräftigst betont: „Duorum in solidum dominium vel possessionem esse non posse“ oder heifst es weiter: Du kannst nicht packen, was meine Faust umschliefst, kannst nicht dorthin treten, wo ich bereits stehe oder auf dem Platze sitzen, den ich bereits einnehme. Das alles ist physisch unmöglich, diese körperliche Unteilbarkeit der körperlichen Herrschaft will der Jurist darthun, daher greift er auch zu solchen drastischen Beispielen. Aber die materielle Seite erschöpft doch nicht den Inhalt des Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechtes weder nach römischer noch nach unserer modernen Auffassung. Ihr steht alles dasjenige gegenüber, was uns die objektive Rechtsordnung sonst noch an der Sache und in Bezug auf sie sichert, also das Verfügungsrecht, das Recht auf den Fruchtgenufs und die wirtschaftlichen Nutzungen, die Befugnis dinglich zu klagen und die Haftung für reale Lasten und Abgaben. Alle diese Elemente des Rechtsinhaltes können wirklich geteilt werden und eine entsprechende Anzahl von Rechtsobjekten ausmachen, unbeschadet der Ungeteiltheit des Körpers. Der Genufs einer bestimmten Fruchtquote ist ein wirklicher, selbständiger Fruchtgenufs, die Verfügung über einen ideellen Teil der Sache ist eine Verfügung über einen wirklichen und selbständigen Rechtsinhalt,

die vindicatio partis ist eine selbständige dingliche Klage, der ein ebenso selbständiger Gegenstand zu Grunde liegt; die ideellen Teile normieren nicht nur jene vom Ganzen unabhängigen Rechtsobjekte, sie sind mit ihnen identisch. Diese Seite des Rechtsinhaltes hatten die Römer bei ihrer Begriffsteilung, der Teilung des „intellectus“ im Auge. Zwar den kräftigen Begriffsrealismus der Alten haben wir nicht mehr, stehen überhaupt nicht auf ihrem metaphysischen Standpunkt, bedienen uns auch einer anderen Terminologie, aber sehen wir von diesen Unterschieden ab, so erscheint die Lehre von der Teilung des Rechtsinhaltes als juristisch annehmbar; sie ist überdies eine unwillkürliche Modernisierung der antiken philosophischen Anschauung und daher selbst innerlich zu rechtfertigen.

Auch nach unserer heutigen Auffassung ist also die intellektuelle Teilung eine wirkliche und keine fingierte Teilung, sie erzeugt selbständige Rechtsobjekte und dingliche Rechte, weil diese unkörperlichen ideellen Teile immer im ungeteilten Körper ihr Substrat haben und notwendig haben müssen. Das ist der Grund, weshalb die moderne empirische Richtung in Übereinstimmung mit der antiken Juristenphilosophie die Begriffsteile genau so wie körperliche Sachen behandelt.

---

Eines der schlimmsten Mifsverständnisse ist aus diesem Grunde die Lehre von der Accrescenz der ideellen Teile. Dafs in den Quellen hierfür nichts oder sehr wenig spricht, wird allgemein zugegeben, aber die Theorie von der Ungeteiltheit des Rechtes beim Miteigentum hat das Anwachsungsrecht zur notwendigen Konsequenz, daher suchte man es aus der Natur des Verhältnisses mit allen Mitteln zu beweisen und durch

zweifelhaftes Quellenmaterial zu stützen.[334] Als was gilt den Vertretern der Accrescenz die ideelle Teilung? Ihre unmittelbare Wirkung bestehe darin, dafs die Rechtssphäre des einzelnen Miteigentümers zu Gunsten der andern eingeschränkt werde. Sie sei nichts weiter als die Konkurrenz der verschiedenen Personen als Eigentumssubjekte. Eine solche durch gegenseitige Beschränkung entstellte Beherrschung des Körpers besitzt keine selbständige Natur, ist keine Institution mit dauernden eigenen Zwecken, sondern ein lästiges Provisorium, welches notwendig zusammenbrechen mufs, wenn seine äufseren Stützen fallen. Jeder ideelle Teil verschwindet gewissermafsen von selbst, sobald der interessierte Konkurrent ihm entsagt oder seine Hand von ihm zurückzieht und verwächst ohne weiteres mit den noch vorhandenen Quoten.

Das ist gewifs ganz folgerecht gedacht, beruht aber auf falschen Voraussetzungen und entspricht nicht den Lehren der klassischen Juristen. Diese haben eine solche Accrescenz niemals gekannt und konnten sie auch gar nicht statuieren, weil der ideelle Teil ihnen als selbständiger Sachbegriff galt, genau wie die Einheitssache; was sie z. B. über die Dereliktion der pars pro indiviso dachten, zeigt uns Modestinus:

> L. 3. Dig. pro derelicto. 41. 7. Modestinus libro sexto differentiarum: An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, ejus esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.

Wie oft hat man diese klaren Worte umgestalten wollen und was ist nicht alles aus ihnen gefolgert worden! Ohne die Begriffsphilosophie blieb ihr einfacher Sinn verborgen; und doch bilden sie ein vortreffliches Beispiel für die Denkmethode

der klassischen Juristen in der Lehre von den ideellen Teilen. Zu ihrem richtigen Verständnis müssen wir vorläufig ganz vom Sachkörper absehen und zunächst nur die Begriffe des Teiles sowohl, als auch des Ganzen ins Auge fassen. Denn nur von ihnen ist hier die Rede, während die Lage des ungeteilten Sachkörpers unverändert bleibt und daher keinen Stoff für kritische Untersuchungen bietet.

Beide, der ideelle Teil und das Ganze, werden nebeneinander gestellt und die Ansicht ausgesprochen, dafs der Eigentümer sie als in sich abgeschlossene Rechtsobjekte in analoger Weise derelinquieren[835] kann — ut sit in parte quod in toto. Hinsichtlich desjenigen ideellen Teils, welcher durch seine rechtliche Stellung im condominium schon vor der Dereliktion objektiv als selbständiges Ding gekennzeichnet war, wird die Möglichkeit eines solchen Vorganges gar nicht angezweifelt. Es fragt sich nur, weshalb kann der Alleineigentümer nicht das gleiche Resultat herbeiführen, welches beim Miteigentum anstandslos genehmigt wurde? Weshalb kann er nicht von sich aus einen ideellen Teil seiner bisher ungeteilten Sache mit der „mens derelinquendi" aufgeben und damit herrenlos machen? Die Antwort lautet: Weil dadurch ein unlöslicher Widerspruch erzeugt würde. Denn durch den Besitz der ungeteilten körperlichen Sache hält der Eigentümer sie als einheitlichen Begriff nicht nur corpore, sondern auch animo oder mente zusammen; durch seinen Willen zu derelinquieren giebt er mit derselben „mens" einen Teil preis. Durch die gleiche Kraft wird der Begriff auf der einen Seite gestaltet, auf der andern zerspalten und aufgelöst. Indem der Alleineigentümer fortfährt die Sache als ungeteiltes Ganzes, als objektiven Einheitsbegriff zu beherrschen, wird durch jede Besitzhandlung an demjenigen Teil, welchen der dominus zu

behalten gedenkt, auch der sogenannte derelinquierte Teil begrifflich beeinflufst und beherrscht. Solange ich z. B. ein Grundstück, dessen ideelle Hälfte ich derelinquiere, fortfahre als körperlich ungeteilte Einheitssache zu besitzen, erstreckt sich jede Besitzhandlung begrifflich auf das Ganze und nicht nur auf einen Teil; ein jeder solcher Akt steht im Widerspruch zur mens derelinquendi. Wollte man hier vom animus und dem Begriff absehen und nur die direkte physische Einwirkung auf den Körper berücksichtigen, dann wäre eine Besitzhandlung z. B. am Grundstück als an einem Ganzen überhaupt unmöglich, denn ich kann nicht an allen seinen Punkten gleichzeitig graben, ackern, stehen, sitzen oder liegen. Nur dank unserem Verhältnis zum Begriff — der universitas fundi — gewinnen wir die wahre rechtliche Vorstellung.

Die Lösung des obigen Widerspruches zwischen dem ungeteilten Besitz und der teilweisen „mens derelinquendi" ist nur in der Weise möglich, dafs der Alleineigentümer zuvor die körperliche Teilung seiner Sache vornimmt und dann derelinquiert, was er will; jetzt erst erhält sein consilium einen konsequenten Ausdruck. Eine wirkliche Ausscheidung des ideellen Teils kann blofs auf dem Wege der Übertragung auf ein anderes Rechtssubjekt erfolgen, denn nur dadurch wird der Alleinbesitz zerstört und damit zugleich der Widerspruch, welcher in Gestalt einer begrifflich alleinigen und ausschliefslichen Einwirkung auf den ganzen Körper der ideellen Teilung im Wege stand.

Besser und überzeugender, als es Modestinus hier gethan hat, kann die selbständige Objektsnatur des ideellen Teils in Parallele zum Ganzen gar nicht dargestellt werden.

Gehen wir aber von seiner Anschauung aus, dann freilich erscheint die Accrescenz einer vom Miteigentümer derelinquierten

Quote genau so unmotiviert, wie z. B. ein Anwachsungsrecht des Grundeigentümers auf alles dasjenige, was seine Nachbarn preisgeben. Man geht sicher nicht zu weit, wenn man annimmt, dafs durch die L. 3. Dig. 41. 7 nicht nur die Herrenlosigkeit des derelinquierten ideellen Teils anerkannt, sondern auch seine Accrescenz an die übrigen Teile direkt ausgeschlossen wird.

Aber im Sklavenrecht findet sich ein Anwachsungsfall.[836] Nach klassischem Recht accrescierte der Anteil an einem durch den Miteigentümer freigelassenen Sklaven dem Genossen. Zunächst ist das Accrescenzrecht überhaupt eine singuläre Erscheinung und daher stets nur in den von den Quellen bestimmt bezeichneten Fällen anzuerkennen, niemals aber auf das ganze Rechtsgebiet auszudehnen.[837] Sodann enthielt jene Vorschrift über das derelinquierte Miteigentum am Sklaven sicher nichts anderes, als eine positive Abhilfe gegen den Übelstand einer teilweisen Freiheit, welchen Justinian bekanntlich auf andere Weise zu beseitigen suchte.[838] Indessen zugegeben, dafs es sich hier um eine wahre Accrescenz handelte, so erweckt wiederum jede Verallgemeinerung von Bestimmungen aus dem Gebiete des Sklavenrechts von vornherein die gröfsten Bedenken. Die Stellung des Sklaven als eines willensfähigen Rechtsobjekts ist eine so ausschliefsliche, dafs eine Fülle von Sätzen, die sich in Bezug auf ihn bildeten, für das Sachenrecht schlechthin bedeutungslos sind, nicht nur, was selbstverständlich ist, vom modernen Standpunkt aus, sondern ohne Zweifel auch nach römischen Anschauungen. Beim Mangel anderer Beweise ist ein Beispiel aus dem Sklavenrecht jedenfalls immer eine sehr schwache Stütze. Deshalb kann es auch nur eine schädliche Verwirrung hervorrufen, wenn die Regeln über den Sklavenerwerb, d. h. über

Willensakte der Sklaven, zur Klärung sachenrechtlicher Verhältnisse herangezogen werden.[839] Es haben z. B. die Anhänger der Ungeteiltheit des Rechtes und Rechtsinhaltes in der Lehre von den ideellen Teilen unter anderem darauf hingewiesen, dafs, was ein im Miteigentum stehender Sklave dem einen der Miteigentümer aus irgend welchen rechtlichen Gründen nicht erwerben kann, er dem anderen ganz erwerbe. Aber Rechtshandlungen, welche der Sklave für seinen Herrn vornimmt, äufsern ihre Wirkung nicht als Ausflufs des Eigentums, sondern der potestas.[840] Es ist nicht nur das zu berücksichtigen, was der Sklave vermöge seiner rechtlichen Stellung thun kann, sondern auch was er im gegebenen Fall als willensfähiges Medium thun will. Aus diesen beiden Momenten setzt sich die Wirkung des von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zusammen. Zwar gilt die Präsumption, dafs jeder Willensakt des Sklaven für den Herren vollzogen wurde; aber diese Rechtsvermutung kann umgestofsen werden, sie ist keine praesumptio juris et de jure, und erweist es sich, dafs der Sklave nicht für seinen Herren hat erwerben wollen, so erwirbt der Herr auch nichts. Überträgt man diese zweifellos richtigen Sätze auf das Miteigentum, so ergiebt sich zunächst, dafs die potestas am Sklaven als eine unteilbare persönliche Befugnis jedem Miteigentümer in gleicher Weise zusteht, der Sklave kann also für jeden Herren mit gleichen rechtlichen Folgen handeln und es gilt die praesumptio juris: „communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est.“[841] Aber auch diese Rechtsvermutung reicht nur so weit, als ihr der Wille des Sklaven nicht widerspricht und die sonstigen rechtlichen Voraussetzungen für die Wirkung des Geschäfts vorhanden sind. Jeder Miteigentümer wird also vom Erwerb ausgeschlossen, wenn der Sklave nicht für ihn, sondern

nur für die anderen condomini handeln wollte,[842] oder wenn in seiner Person die Bedingungen für den Erwerb des fraglichen Rechtes fehlten. Es ist von vornherein klar, dafs der Sklave z. B. eine bestimmte Prädialservitut nur für diejenigen Miteigentümer erwerben kann, welche den hierzu erforderlichen fundus vicinus besitzen,[843] das Mitgiftsversprechen nur für den condominus acceptieren kann, der mit der fraglichen Frau die Ehe einzugehen beabsichtigt.[844] Was der servus communis im Rechtsverkehr thut, wird wie die Handlung jedes willensfähigen Subjekts durch die objektive Rechtsordnung und seinen Willen bestimmt. Da also hierbei dingliche Verhältnisse nicht in Frage kommen, so thut man gewifs gut, in diesem Zusammenhang die Wirkungen der Accrescenz aus dem Spiel zu lassen.

Bereits vor uns sind alle gegen das Accrescenzrecht der Miteigentümer vorgebrachten Einwände zusammengestellt und eingehend kritisiert worden, sie erhalten aber durch die Begriffsphilosophie der Alten und die Auffassung der klassischen Rechtslehrer von den ideellen Teilen eine neue, wichtige Stütze. Denn, es soll nochmals daran erinnert werden, die Accrescenztheorie hat ihren Halt zum allergeringsten Teil in den Quellen selbst,[845] für ihre allgemeine Anwendung giebt es kein einziges auch nur einigermafsen sicheres Zeugnis, sie wird vielmehr aus der „Natur der Sache“, der „Ungeteiltheit des Eigentumsrechts“, aus der „Konkurrenz und dem persönlichen Verhältnis der Miteigentümer“ gefolgert. Aber eben diese sogenannten inneren Gründe entsprechen nicht den Ansichten der römischen Juristen und mit der Stammtheorie gerathen auch alle aus ihr abgeleiteten Lehren ins Wanken.

---

Und nun können wir mit verstärkter Überzeugungskraft auf eine Reihe rechtlicher Folgen hinweisen, welche in hohem Grade für die selbständige Objektsnatur der ideellen Teile sprechen und nicht einmal von den entschiedensten Gegnern unserer Theorie angefochten werden. Eben weil die ideelle Quote eine Begriffssache und ein dingliches Rechtsobjekt ist, kann sie gesondert veräufsert und tradiert werden, ja sogar im Teilungsprozefs unter Miteigentümern wird Tausch oder Kauf der ideellen Anteile supponiert — divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit[846] —, ja wir begegnen sogar dem Ausdruck: emere per adjudicationem.[847] Bei der Teilung einer Erbschaft wird nicht selten vom Tausch der Anteile — permutatio — unter den Erben gesprochen.[848] Mehrfach ist von einer Tradition der ideellen Teile die Rede[849] und bei Nichterfüllung des Tausches kommt die gewöhnliche actio praescriptis verbis zur Anwendung — quasi certa lege permutationem fecerint. Wie will man diese Regeln mit der Lehre von der Ungeteiltheit des Rechtsinhaltes, von der rein faktischen Konkurrenz der Interessenten im Miteigentum vereinigen? Der Kauf, der Tausch oder die Tradition würden sich ja unter einer solchen Voraussetzung auf eine eigene Sache der Kontrahenten erstrecken und wie vertrüge sich das mit dem Satz — suae rei emptio non valet?[850]

Auch das Pfandrecht wird am ideellen Teil als solchem begründet, wie wir früher gezeigt haben, ohne Rücksicht auf die weiteren rechtlichen Schicksale des physischen Substrats. Die Sache mag später in beliebig viele körperliche Teile zerlegt, gleichviel von wem und in welcher Zusammensetzung übernommen werden, der einmal fixierte ideelle Teil bleibt haftbar und bewahrt als Rechtsobjekt seine Existenz.[851]

Dafs der ideelle Teil Gegenstand eines besonderen Niefsbrauches sein kann, ist gleichfalls früher gezeigt worden, diese Frage wird auch in der Litteratur nicht bestritten.[852] Allgemein anerkannt ist ferner, dafs dem Miteigentümer der Nutzen der Sache in einer seinem ideellen Teile entsprechenden Proportion zukommt und dafs er in dem gleichen Verhältnis auch die an die Sache gebundenen Lasten und Verpflichtungen trägt. Natürlich spricht auch diese Thatsache nicht für die Einheit des Rechts und des Rechtsinhalts, auch nicht für eine blofs faktische Konkurrenz der Interessenten, sondern für eine wohlerwogene Normierung des Fruchtgenusses am selbständigen Objekt, dem ideellen Teil; ebenso werden die Lasten in einer Weise geregelt, die in Bezug auf abgesonderte Sachganze üblich ist.

Nicht am geringsten aber fällt hier die vindicatio partis ins Gewicht. Es ist dieser Punkt von besonderer Bedeutung, weil in ihm, wie wir das schon so oft beobachtet haben, die ausgebildete Juristenphilosophie Anschlufs gewinnt an das altrömische praktische Streitrecht. Die herrschende Prozefsordnung widersprach nicht nur in keiner Hinsicht dem Begriffsrealismus, sie förderte und unterstützte ihn. Der naivpraktische Sinn der Alten fand hier Fühlung mit den fortgeschrittenen Erkenntnislehren der Klassiker. Denn wie das kindliche Altertum „der Dichtung zauberische Hülle“ ahnungsvoll um die Wahrheit wand, in jedem Baum eine Dryas, im sprudelnden Quell eine Najade erweckte, so setzte die männlich reife Zeit des Klassicismus die platonische Idee neben das empirische Ding, so belebte die Stoa die Materie mit ihrem Götterhauch — dem *πνεῦμα*. Die Gröfse der antiken Welt bildet die Einheit und der Zusammenhang ihrer Entwickelung, der Übergang vom Unbewufsten zum Bewufsten, vom Fühlen des Notwendigen zu seiner Erkenntnis.

Die Vindikation eines Begriffsganzen war, sofern sie sich auf körperliche Substrate stützte, dem ältesten Recht nichts Fremdes. Galt die hereditatis petitio denn nicht als eine vindicatio der Erbmasse, als eine absolut-dingliche Klage, die einen Begriff umfafste? Und hatten die Rechtsmittel, welche die Herausgabe der dos oder des peculium bezweckten, nicht den gleichen Charakter? Ein Begriff lag auch der vindicatio gregis zu Grunde. Während es sich in all' diesen Fällen um Kollektivbegriffe handelte, kam bei der vindicatio partis ein Teilbegriff in Frage.

Sämtliche Begriffsvindikationen, scheint es, sind von alters her durch die strengen Vorschriften des Civilprozesses über die plus petitio hervorgerufen und begünstigt worden. Ihnen allen war gröfsere Freiheit in der Bestimmung des Streitobjekts eigentümlich, sie waren durch die körperlichen Substrate nur im allgemeinen gestützt, nicht ängstlich an ihre physische Umgrenzung und die Identität jedes einzelnen Stückes gebunden.[853] Nichtsdestoweniger feiert in den hiernach gestalteten Klageformeln der Begriffsrealismus seine höchsten Triumphe, denn soweit es möglich ist, soll auch der ideelle Teil fest umschrieben und begrenzt werden, er soll mit plastischer Bestimmtheit gleich wie die Einheitssache hervortreten.[854]

Die Anhänger der verschiedensten Richtungen sind darin einig, dafs die vindicatio partis sowohl gegen den Miteigentümer, als auch gegen den extraneus zur Anwendung kommen konnte.[855] Ihr Ziel war meist Zerlegung des Ganzen in körperlich getrennte Objekte und deshalb konkurrierte sie unter Miteigentümern mit den gewöhnlichen Teilungsklagen — actio familiae erciscundae oder communi dividundo.[856] Notwendig aber ist ein solcher Ausgang nicht, denn auch der ideelle Teil kann ohne Zersplitterung des körperlichen Ganzen vin-

diciert und zugesprochen werden. Bei einer beweglichen Spezies hielten die römischen Juristen diese Art Teilung sogar für unumgänglich.

Wie die vindicatio partis sich nur in der äufsern Redaktion ihrer Formel, nicht aber in ihrer juristischen Konstruktion von der gewöhnlichen rei vindicatio unterscheidet, so wird es sich wohl auch mit den übrigen dinglichen Klagen zum Schutze des Rechtes am ideellen Teil verhalten. Der actio Publiciana stand natürlich in dieser Anwendung nichts im Wege und obgleich direkte Quellenzeugnisse fehlen, wird man dasselbe vielleicht auch von der actio negatoria sagen dürfen. Denn Handlungen und Rechtsansprüche, welche die Verwertung und Benutzung des ideellen Teiles störten, waren stets möglich und mufsten mit dinglichen Schutzmitteln abgewehrt werden.

Es hat nicht an Versuchen gefehlt die vindicatio partis, dieses kräftigste aller praktischen Argumente für den wirklichen und realen Charakter des ideellen Teiles, umzudeuten und zu beseitigen. Aber wenn man im alten Prozefsrecht beim Miteigentum an etwas Ungeteiltes dachte und den partes nicht die Bedeutung selbständiger Streitobjekte beimafs, weshalb nannte man die Forderung des Ganzen seitens des Miteigentümers eine plus petitio, weshalb zwang man ihn, seine Quote möglichst genau zu umschreiben und zu präcisieren, weshalb wurde die Formel nur auf den ideellen Teil gestellt? Eisele[857] schiebt diese Erscheinung auf den besonderen Standpunkt des Formularprozesses. „Der Vindikant beansprucht hier nicht blofs Feststellung seines Eigentumsrechts, sondern auch praktische Realisierung desselben. Steht nun in der Intentio der Formel die vindicierte Sache schlechtweg, so wird damit, da die Restitutionsklausel sich auf die Intentio zurück-

bezieht (neque eam rem $N^s$ $A^o$ restituat), auch Restitution der Sache u. s. w. in solidum verlangt: das aber hat der Miteigentümer, wennschon er Subjekt des einen und ungeteilten Eigentumsrechts ist, nicht zu beanspruchen. Es mufste daher die Formel einen Zusatz erhalten, aus dem erhellte, dafs Kläger Restitution nur zu dem Teil verlange, der ihm zukommt."

Wenn wir Eisele recht verstehen, so befand sich der Prätor bei der Abfassung seiner Formel für die vindicatio partis in einer übeln Zwangslage. Er sollte die angebliche wissenschaftliche Wahrheit, wonach das Eigentum trotz ideeller Teilung dennoch ungeteilt bleibt, mit der elementarsten Anforderung jedes Prozesses vereinigen, dafs niemand mehr erhalten dürfe, als ihm von Rechts wegen zukommt. Man glaubte also hiernach an die Ungeteiltheit des Eigentums, konnte aber nur den ideellen Teil realisieren. In diesem Konflikt sei die Wissenschaft den praktischen Forderungen des Lebens unterlegen, und um letzteren zu genügen, habe man der Intentio jenen Zusatz vom Teil aufgezwungen. Dieser Zusatz entspräche zwar weder dem wahren Wesen noch dem Inhalt der Intentio, welche nur auf das ungeteilte Recht hinzielte, aber er mufste aus der Restitutionsklausel geschöpft werden, um in das ganze Klageverhältnis Harmonie zu bringen. Indessen der Kläger durfte und wollte vielleicht auch gar nicht das ungeteilte Recht und seinen Inhalt fordern, sein Wunsch — das desiderium — war auf den ideellen Teil in vollster Realität gerichtet, und dieses desiderium allein konnte die Intentio enthalten. Jener von aufsen her hineingedrungene Zusatz ist also die Intentio selbst. Freilich auch das Ganze mufste in der Formel erwähnt werden, aber liefs sich denn ein Teil anders präcisieren als unter Hinweis auf das Ganze,

mit dem er zusammenhing. Eiseles Auffassung weckt daher tiefgehende Zweifel. Was sollte jener Zwiespalt zwischen der angeblich allein richtigen Intentio auf das ungeteilte Recht und der Restitutionsklausel auch bezwecken. Besonders in den ältesten Stadien bildete sich das Recht nach seiner prozessualen Realisierbarkeit. Es lag nicht im Sinne der römischen Prozefsformeln, etwas anderes zu vertreten, als was die praktischen Bedürfnisse erstrebten. Gegensätze und Distinktionen, welche sich bei alten und modernen Schriftstellern leicht unter dem Einflufs polemischen Eifers und Scharfsinnes bilden, sind dem praktischen Rechtsleben meist fremd und hatten natürlich im römischen Formularprozefs am allerwenigsten Boden, da hier die Forderungen des Verkehrs nicht einmal durch die Schranke eines geschriebenen und kodificierten Gesetzes beengt waren. In unserem Falle also intendierte der Kläger dasjenige, was er als sein Eigentum beanspruchte; das war der ideelle Teil und kein ungeteiltes Eigentum am Ganzen, welches ihm nicht zustand und welches er daher auch gar nicht geltend machen durfte.

---

Die Gegner der Teilung des Rechtsinhaltes und der realen Bedeutung jener intellektuellen Quoten haben schliefslich noch darauf hingewiesen, dafs im Falle die cautio damni infecti nicht gestellt wurde, die Einweisung der Miteigentümer des bedrohten Gebäudes in den Besitz des baufälligen Nachbarhauses zu gleichen Teilen erfolgte und nicht zu denjenigen Anteilen, welche ihren ideellen Quoten am Miteigentum entsprachen.[858] In der missio in possessionem erblickte man also gewissermafsen eine Konsequenz des Eigentums am gefährdeten Hause; wären demnach die ideellen Anteile wirklich reale Eigentums-

objekte, so hätten sie auch hier ihren Einflufs äufsern müssen. Allein diese Auffassung wird weder dem Wesen der Begriffsteile, noch der Besitzeinweisung als Folge des damnum infectum gerecht. Zunächst fragt es sich, welches Ziel verfolgt die cautio und welches sind ihre weiteren Wirkungen? Es soll möglichst prompt und energisch ein Immobil vor Schädigung durch Einsturz des Nachbarhauses geschützt werden. Man hat hier selbstverständlich das Immobil als Ganzes im Auge, denn man weifs ja vorläufig noch nicht, welchen Umfang der Schaden durch Einsturz des benachbarten Gebäudes annehmen wird. Die Immission ist also keine Frucht oder Accession des Eigentums am bedrohten Gebäude, sie accresciert auch nicht dem letzteren nach dem Verhältnis seines Wertes oder Umfanges, sie ist eine summarische polizeiliche Mafsnahme, ein letztes, äufserstes Mittel den Einsturz des baufälligen Nachbarhauses womöglich zu verhindern, zumal der bisherige Besitzer entweder nicht den Willen oder nicht die Mittel hat, dem vorzubeugen. Andererseits gilt die missio in possessionem als endgültige Abfindung des Bedrohten oder Geschädigten. Die Preisgabe des Grundstückes, von welchem der Schade zu befürchten ist, befreit von allen Verpflichtungen.[859] Deshalb wird weder der Wert des bedrohten Grundstückes, noch der Umfang des befürchteten Schadens berücksichtigt, und die Folge davon ist, dafs wenn mehrere Interessenten zu befriedigen sind, ihnen das Objekt, ohne jede Rücksicht auf ihre verschiedenen Ansprüche, zu gleichen Teilen überwiesen wird:

L. 15. § 18. Dig. de damno infecto. 39. 2. Ulpianus libro quinquagensimo tertio ad edictum: Cum autem plures mittuntur in possessionem, aequaliter mittuntur, non pro rata damni, quod unumquemque contingeret, et merito: nam et cum unus mittitur, non pro portione damni mittitur, sed

in totum: cum igitur plures mittuntur, aequaliter omnes quasi in totum missi concursu partes habebunt.

Die Immission ist immer Pauschabfindung und gleichwie der einzelne Geschädigte nicht nach der Gröfse seines wirklichen Schadens befriedigt wird, sondern das fragliche Immobil als Ganzes erhält ohne Rücksicht auf irgend welche Fehlbeträge oder Überschüsse, so wird auch den Genossen das ganze Haus überwiesen. Da ein Teilungsprinzip hier nicht besteht und jeder zu seiner Sicherung eigentlich das gesamte Gebäude mit Beschlag belegen dürfte, so werden die Anteile „concursu“ gebildet, können also nur gleiche sein. Man kann sich diesen Fall konkreter so vorstellen, dafs mehrere Hauseigentümer durch die Beschaffenheit eines zwischen ihren Immobilien belegenen Gebäudes bedroht werden. Auch hier könnte man die Frage aufwerfen, ob die Immission nicht nach dem Wertverhältnis der verschiedenen gefährdeten Grundstücke zu erfolgen habe. Der Jurist verneint das, die Interessenten sollen am Immissionsakt nach Kopfteilen participieren:

L. 5. § 1. Dig. de damno infecto. 39. 2. Paulus libro primo ad edictum: ... si aliquot sint, qui caveri sibi desiderant, et alius pretiosiores, alius viliores habeat aedes, sive unius domus plures habeant dispares partes: tamen non magnitudine dominii quisque, sed aequaliter mittentur omnes in possessionem.

Und nun fragen wir, welche Rücksichten sollten die klassischen Rechtslehrer dazu veranlassen, von diesen untrüglichen Prinzipien zu Gunsten der ideellen Teile abzuweichen. Was den Eigentümern getrennter, selbständiger Häuser recht war, das ist doch den Eigentümern ideeller Quoten eines und desselben Hauses billig.

Die citierte L. 40. § 4. Dig. 39. 2 enthält also eine allgemeine Regel, die sich mit Notwendigkeit aus dem Wesen der cautio damni infecti und der missio in possessionem ergiebt. Sie spricht durchaus nicht für die Ungeteiltheit des Eigentumsrechtes oder seines Inhaltes, sie berührt das Verhältnis der Miteigentümer zu ihren Quoten überhaupt nicht. Dagegen weist der Umstand, dafs gesondertes Eigentum und Miteigentum in gleicher Weise behandelt, ja sogar nebeneinander gestellt werden,[860] ohne Zweifel auf die selbständige Objektsqualität der ideellen Teile hin.

Ganz besonders aber sollten sich die Anhänger der Theorie von der Teilung des Wertes der gemeinsamen Sache hüten, von diesem Beispiele Gebrauch zu machen; denn wenn die Römer wirklich eine solche Auffassung vom Wesen der ideellen Teile gehabt hätten, so würden sie doch nun und nimmer zu obiger Entscheidung gelangt sein. Wie konnten sie dann die selbständigen Eigentümer verschiedener Häuser den Miteigentümern gleichstellen? Für letztere stand unter jener Voraussetzung nicht der Körper des Gebäudes im Vordergrunde, sondern die bedrohten Wertteile, und ohne Zweifel heischte in diesem Fall das gröfsere ökonomische Interesse auch eine gröfsere Sicherheit. Galt es also das Grundstück, von welchem die Gefahr ausging, zu erwerben und eventuell seine Bauten wieder herzustellen, so mufsten natürlich nach jener Ansicht die meisten Vorteile und Opfer auf diejenigen entfallen, welche vor der Immission wirtschaftlich am meisten gefährdet waren.

Die strenge Trennung der verschiedenen Begriffsteile als selbständige Rechtsobjekte liegt dem eigentümlichen Charakter des römischen Condominiums zu Grunde. Letzteres kannte nur Individualrechte der verschiedenen Miteigentümer, keine korporative Organisation. Solange der physische Zusammen-

hang jener Begriffsteile den Interessenten von Vorteil ist, sind sie genötigt sich von Fall zu Fall zu einigen und einen modus vivendi herbeizuführen.

---

Wir dürfen wohl behaupten, dafs die klassische Lehre von der Realisierung und Teilung der Sachbegriffe oder, wie man sich heute ausdrückt, von der Teilung des dinglichen Rechtsinhaltes auch unserer modernen Denkmethode am besten entspricht. Ohne Abstraktion können auch wir uns nicht durchhelfen und es bedarf durchaus keiner aufserordentlich geschraubten Vorstellung, um die besondere Rolle der ideellen Quote im Verkehr zu bestimmen. Dem entsprechend ist auch heute dieser ideelle Teil überall als ein selbständiges Objekt zu behandeln, sein Erwerb ist ein Rechtsgeschäft über eine fremde, dem Genossen nicht gehörige Sache. Die Übernahme aller oder einzelner Teile durch einen Miteigentümer stellt sich auch für uns als Tausch oder Kauf dar und den gleichen Charakter trägt jede Veräufserung an den extraneus.

Nur diese Auffassung bildet eine sichere Grundlage für das Miteigentum als ständiges Rechtsinstitut. Denn alle anderen Theorien, insbesondere die Lehre von der Konkurrenz mehrerer Subjekte an einem ungeteilten Recht oder gar von der Wertteilung lassen die ideelle Quote als ein vorübergehendes Übel erscheinen. Als solches könnte das condominium plurium in solidum zwar geduldet werden, seine Auflösung wäre aber jedenfalls zu fördern, da es ein wirtschaftliches Hemmnis bildete, eine Veranlassung zu stetem Streit und Hader.[861]

Etwas von diesem Geiste läfst sich auch noch im Allg. Preufsischen Landrechte erkennen, insofern § 111. T. I. Tit. 17

bestimmt, dafs „die Kraft und Gültigkeit einer Privatteilung nach den Regeln von Vergleichen zu beurteilen“ sei.

Wir begegnen hier jener bekannten Tendenz der preufsischen Regierung, welche besonders in der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts den Gemeindebesitz als ein schädliches Institut zu Gunsten des Privateigentums zurückdämmte und zu beseitigen trachtete. Unter dieser Voraussetzung ist es begreiflich, dafs man im Miteigentum überhaupt eine wirtschaftliche und juristische Abnormität erblickte und es als Rechtsinstitut nach Kräften einzuschränken suchte.

---

Trotz vollster Anerkennung des Begriffsrealismus, kann nicht geleugnet werden, dafs in den Beziehungen des physischen solidum zu den ideellen Teilen ein gewisser Widerspruch liegt und dafs sich hieraus praktische Schwierigkeiten ergeben. Letztere bestehen darin, dafs der ungeteilte Körper dem geteilten Begriff als lästiger Ballast anhängt und seine Stellung im Verkehr beeinflufst. Leicht bei einander wohnen die Gedanken, doch hart im Raume stofsen sich die Sachen. Dieses Verhältnis äufsert sich vor allem in der Ausübung und im Schutz des Besitzes. Schon Savigny ist es aufgefallen, dafs „bei den römischen Juristen weder das Wort, noch der Begriff der compossessio vorkomme“.[862] Nach unserer Auffassung konnte das auch gar nicht anders sein. Da nämlich am Körper die Grenzen der Begriffsteile nicht zu erkennen sind, so werden Besitzhandlungen von allen Miteigentümern im Zweifel am Ganzen vorgenommen. Bei solchen rein thatsächlichen Einwirkungen auf den Körper entscheidet die Prävention, und in diesem Sinne können wir allerdings von einer Konkurrenz der Interessenten sprechen.[863] Wenn nichts anderes

ausdrücklich bestimmt ist, kann ich überall hintreten, wo nicht schon ein Miteigentümer steht, alles anfassen, was nicht schon vor mir ein condominus ergriffen hat.[864] Ja nicht einmal das „veto" der Genossen vermag hierin etwas zu ändern,[865] solange keine besondere Vereinbarung bestand und niemand durch die Besitzhandlung aus seiner früher eingenommenen Position verdrängt wurde. So verhält es sich mit der reinen Thatfrage; von dem Augenblick aber, wo die Besitzhandlung Rechtsfolgen haben könnte, tritt der ideelle Teil sofort wieder in den Vordergrund und der all' zu selbstständige Miteigentümer wird in seine Schranke verwiesen.

Mit unübertrefflicher Klarheit hat Ulpian die rein thatsächliche Einwirkung auf den ungeteilten Körper ihren eventuellen Rechtsfolgen gegenübergestellt:

L. 6. § 6. Dig. com. div. 10. 3. Ulpianus libro nono decimo ad edictum: Si quis in communem locum mortuum intulerit, an religiosum fecerit videndum. et sane jus quidem inferendi in sepulchrum unicuique in solidum competit, locum autem purum alter non potest facere religiosum. Trebatius autem et Labeo quamquam putant non esse locum religiosum factum, tamen putant in factum agendum.[866]

Natürlich, heifst es, steht dem nichts im Wege, dafs der Miteigentümer auf dem gemeinsamen Grundstück einen Toten bestatte. So lange er niemanden verdrängt oder für seine Handlungen keine rechtlichen Folgen in Anspruch nimmt, kann er auf den ungeteilten Körper nach Belieben einwirken. In der Beerdigung eines menschlichen Leichnams sind aber zwei Momente zu unterscheiden: der Akt des Vergrabens und der rechtliche Einflufs, welchen dieser Akt auf den Begräbnisplatz hat. Das erste rein thatsächliche Moment kann gar nicht beanstandet werden, die Rechtswirkung aber mufs aus-

bleiben, da der einzelne Genosse von sich aus die Rechtslage weder des ganzen Grundstückes, noch irgend einer Parzelle verändern darf. Am solidum kommt ihm kein ausschliefsliches Recht zu, weil es als körperliches Substrat nicht nur seines ideellen Teiles gilt, und ein physischer Anteil, welcher seiner ideellen Quote entsprechen könnte, überhaupt nicht vorhanden ist.

Eine ähnliche Bedeutung hat der Interdiktenschutz, welcher dem Besitz der Miteigentümer verliehen wird.[867] Weil der Besitz am ungeteilten Körper unter den Genossen a priori nicht abgegrenzt und geregelt ist, so übt ihn jeder Beteiligte auch ganz verschieden aus. Ohne Zweifel kann in dieser Weise das Ganze genau so gut besessen werden, wie ein reeller Teil. Danach entscheidet sich auch die Frage, in welchem Umfange die Interdikte den Mitbesitzern zustehen, pro parte oder in solidum. Die Anwort lautet: je nach der Beschaffenheit des wirklich ausgeübten und gestörten Besitzes; pro parte, wenn der verletzte Genosse zur Zeit der Störung einen Teil besafs, in solidum, wenn sich der fragliche Besitz, sei es mit, sei es ohne Einwilligung der Miteigentümer auf das Ganze erstreckte.

In der Theorie des Rechtes steht der ideelle Teil als abgegrenztes Objekt da, wie er aber im Verkehr zu realisieren sei, ohne mit der ihm widersprechenden Ungeteiltheit des Körpers zu kollidieren, das hängt auch vom obligatorischen Verhältnis ab, welches dank der Gemeinschaft am ungeteilten Körper unter den Genossen entsteht. Die hierher gehörigen Prinzipien schlagen in das Gesellschaftsrecht hinein und auf ihm beruht die Regelung aller Beziehungen der Mitberechtigten untereinander und nach aufsen. Die Besonderheit des Miteigentums liegt in der Beschränkung der dinglichen Herrschaft

über den ideellen Teil durch jene obligatorischen Ansprüche und Verpflichtungen.[868] Das ist der Grund, weshalb die ganze Lehre vom condominium niemals auf einheitliche Prinzipien gestellt werden konnte. Ähnlich wie beim Pfandrecht trat bald die dingliche, bald die persönliche Seite in den Vordergrund. Nachdem wir hier das Wesen des dinglichen Moments festgestellt zu haben glauben, verweisen wir die persönlichen Beziehungen an eine gesonderte Untersuchung, die viele interessante rechtspolitische Erscheinungen zu Tage fördern dürfte. Man hüte sich aber in dieser Lehre ganz besonders vor dogmatischem Eifer; die Wege der Rechtsentwickelung sind hier sehr verschlungen, für das ganze Institut giebt es keine allgemeinen Formeln und man hat mit Ruhe und Objektivität die verschiedenen Einflüsse aufzudecken, welche bei seiner Entwickelung mitwirkten.

### § 26. Das Wesen der physischen Teilung.

Dem römischen Juristen galt der ideelle Teilbegriff als der ursprüngliche und allgemeine, denn dank der Möglichkeit jeder beliebigen Abstraktion fand er überall ungehinderte Anwendung. Es kommt hinzu, dafs der Begriff auch noch als Ganzes fortbestehen kann, ja dank der Ungeteiltheit des Körpers fortexistieren mufs, trotzdem mehreren Subjekten Teile von ihm zustehen. Seine wesentlichste Eigenschaft ist im Gegensatz zum Physischen Dauer und Bestand. Während also die Idee bis ins Unendliche und unter allen Umständen teilbar ist, so fragt es sich, in welchem Sinne die Körper als teilbar gelten?

Die Teilung der Körper hat die antike Philosophie wiederholt und eingehend beschäftigt. In erster Linie liegen darüber Äufserungen des Aristoteles vor; er hat uns eine

ganze Theorie der physischen Teilbarkeit überliefert. Nach ihm können alle Körper zerlegt werden, es sind hierbei aber zwei Arten von Teilen zu unterscheiden, die sog. ὁμοιομερῆ und ἀνομοιομερῆ.[869]

Die erste Kategorie umfafst solche Stücke, welche ihrem Wesen nach untereinander und dem Ganzen, welches aus ihnen bestand, gleich sind, die zweite Klasse ist vom Ganzen in Form und Gestalt verschieden. Zu den ὁμοιομερῆ gehören alle Mineralien — Gold, Silber, Erz, Blei, Eisen, die Gesteine und alles was durch Ausscheidung aus diesen Stoffen entsteht. Ὁμοιομερῆ sind gleichfalls gewisse Teile der Tiere wie das Fleisch, die Knochen und Nerven, die Haut, Eingeweide und Gedärme, die Haare und Adern. Bei den Pflanzen gelten als gleichartige Teile das Holz, die Rinde und die Blätter.[870]

Ungleichartige Teile — ἀνομοιομερῆ — z. B. der Menschen und Tiere sind der Kopf, die Füfse und Beine, die Hände und Arme, der Rumpf und andere Gliedmafsen. Jeder ungleichartige Teil bildet für sich selbst ein Ganzes, trotzdem er als Bestandteil eines anderen, des Hauptganzen gilt. Er enthält seinerseits wieder gleichartige Teile oder ist aus ihnen zusammengesetzt; so besteht die Hand z. B. aus Fleisch, Sehnen und Knochen.

Der wichtigste Unterschied zwischen den ὁμοιομερῆ und ἀνομοιομερῆ ist darin zu suchen, das erstere unendlich oft in Teile zerlegt werden können, die untereinander und dem Ganzen gleich sind, während das bei der zweiten Kategorie nicht möglich ist. Die Teile eines zerschnittenen Metall-, Holzstückes oder eines Steines sind wiederum Metall- und Holzstücke oder Steine; Fleischstücke sind selbst Fleisch u. s. w.[871] Diese Übereinstimmung spricht sich unter anderem auch darin aus, dafs die ὁμοιομερῆ untereinander und dem Ganzen

gleichnamig sind; das Stück einer Ader wird immer wieder Ader genannt.

Zwar können auch die *ἀνομοιομερῆ* zerlegt werden, aber die hierdurch erzeugten Bruchstücke haben begrifflich weder untereinander, noch mit dem Ganzen etwas gemein. Der Teil eines Gesichts ist selbst kein Gesicht mehr, dem Ganzen, zu dem er gehörte, weder gleich noch gleichnamig.

Indem er den Aristoteles ergänzt, wirft Theophrastus von einem anderen Standpunkt aus die Frage auf, worin wohl das Wesen der Teilung eines Körpers bestehe? Wie Quintus Mucius Scaevola, so findet auch er das Hauptmerkmal darin, dafs die Teile zum Ganzen und mit ihm verbunden seien. Es kommt ihm deshalb zweifelhaft vor, ob man z. B. die Früchte einer Pflanze als ihre Teile ansehen dürfe, weil ihre Bestimmung darauf gerichtet ist abgeworfen und von der Hauptsache getrennt zu werden.[872] Fassen wir die Definition des Aristoteles und Theophrast zusammen, so kommen wir zum Schlufs, dafs der Schwerpunkt jeder wahren Teilung in der Erhaltung des Begriffes der Sache liegt, denn der Teil kann nur als dem Ganzen wesensgleich gedacht werden. Eine wahre Teilung ist deshalb die ideelle, weil hier die Idee jede Quote genau so durchdringt wie das Ganze. Dasselbe trifft zu bei der physischen Teilung in *ὁμοιομερῆ*, wo das Ganze ebenfalls begrifflich nicht zerstört wird, vielmehr in seinen körperlich getrennten Teilen nach wie vor fortlebt. Im Gegensatz hierzu wird der Begriff durch Zerlegung in *ἀνομοιομερῆ* vernichtet. Es bildet sich nicht nur eine Reihe neuer selbständiger Körper, das wäre an sich noch belanglos, aber jeder von ihnen hat einen neuen Begriff, welcher zum Ganzen im Gegensatz steht. Hier handelt es sich nicht um eine wahre Teilung des Körpers, sondern um seine Zerlegung in Bestandteile, ja um seine Vernichtung.

Wie verhielten sich zu diesen Theorien die römischen Rechtslehrer? Kaum giebt es eine Frage, in welcher sie sich die metaphysischen Prinzipien so vollständig aneigneten, wie in der Lehre von der körperlichen Teilung.

Als physisch teilbar wird zunächst derjenige Körper hingestellt, welcher „natura", d. h. seinem Wesen nach eine Zerlegung zuläfst:

L. 2. § 1. Dig. de verb. obl. 45. 1. . . . quaedam (stipulationes partium praestationem) non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt . . .: quaedam partis quidem dationem natura recipiunt.[873]

Das Wesen, die natura, der Dinge ist nach den Lehren des herrschenden philosophischen Systems zu bestimmen.

Auch dem Juristen gelten alle Körper als in selbständige Stücke oder Bestandteile zerlegbar, er unterscheidet aber eine Teilung, welche den Untergang der Sache und ihres Begriffes nach sich zieht von einer Teilung, welche diese Folgen nicht hat.

L. 35. § 3. Dig. de rei vind. 6. 1. Paulus libro vicensimo primo ad edictum: Eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat.

Ideelle Quoten können auch von solchen Sachen vindiziert werden, welche ohne Zerstörung ihres Begriffes körperlich nicht teilbar sind. Gewifs, denn die Teilung der Idee vernichtet weder sie selbst, noch ihr physisches Substrat. An eine Teilung aber, welche mit der Zerstörung des Objektes oder mit der Umwandlung seines εἶδος identisch ist, kann keine andere Folge, als der Untergang des Rechtes geknüpft werden. Das ist der Grund, weshalb der Jurist in allen diesen Fällen von einer wahren Teilbarkeit absehen mufs.

Es ist offenbar, dafs jenes juristische Kriterium über die wahre physische Teilbarkeit der Körper mit der Kategorie der

*ὁμοιομερῆ* zusammenfällt und dafs andererseits die *ἀνομοιομερῆ* vom rechtlichen Standpunkt als unteilbar galten.

Dasselbe bestätigt vollauf die Kasuistik der Quellen; alle hier als körperlich teilbar anerkannten Gegenstände sind *ὁμοιομερῆ*. Dahin gehören in erster Linie die Grundstücke. Der Begriff des fundus bleibt konstant trotz der Parzellierung und jede Parzelle ist dem Ganzen wesensgleich. Es ist Windscheid aufgefallen, dafs die Digestenfragmente dort, wo von körperlicher Teilbarkeit der Mobilien die Rede ist, öfters Materialien — Holz und Steine[874] — anführen. Mit Recht, denn sie sind *ὁμοιομερῆ*; zur gleichen Kategorie gehören alle sog. quantitates[875] und die res, quae pondere, numero, mensura valent. Hier war die körperliche Teilung möglich, weil trotz beliebiger Zersplitterung keine begriffliche Veränderung eintrat. Das geringste Gewicht, das geringste Mafs, die kleinste Zahl galten stets als dem Ganzen, von dem sie genommen waren, wesensgleich und setzten seine Idee in unveränderter Gestalt und unter derselben Bezeichnung fort.

Die klassischen Rechtslehrer unterscheiden als Teilungsobjekte: corpora, quantitates, jura.[876] Die jura spielen bei der Frage nach der physischen Teilbarkeit keine Rolle und unterliegen besonderen Gesetzen, die quantitates sind bedingungslos *ὁμοιομερῆ*, die corpora aber haben zwar Bestandteile, die unter Umständen von ihnen abgelöst werden können; dabei handelt es sich indessen nur um die Trennung begrifflich verschiedener, selbständiger Objekte, eventuell um die Zerstörung der Hauptsache, nicht aber um eine wahre Teilung.[877] Das sind zwei Vorgänge, welche die Römer genau wie die griechischen Philosophen streng von einander schieden, obgleich sie für Bestandteile und Teile nur die eine gemeinsame Bezeichnung „partes“ besafsen.

In den hier entwickelten Bestimmungen der Teilbarkeit sind vorwiegend die Theorien des Aristoteles zum Ausdruck gelangt, aber auch die Meinung des Theophrast ist nicht ohne Widerhall bei den klassischen Rechtslehrern geblieben.

Zu den Anhängern Theophrasts gehörte Quintus Mucius, dessen Definition der Teilung sich mit derjenigen des griechischen Philosophen deckt.[878] Nach dieser Anschauung soll die Begriffsgleichheit des Teiles mit dem Ganzen nur im physischen Zusammenhang zum Ausdruck gelangen. Es wird somit nur die ideelle Teilung als einzig wahre anerkannt, während jede körperliche Zerstückelung augenscheinlich mit dem Untergang des konkreten Wesens zusammenfällt. Ohne Zweifel ist eine solche Fassung viel zu eng und genügt nicht der Lehre von der Dauer und dem Übergewicht der Idee im Vergleich zu ihrem physischen Substrat. Deshalb ist der Zusatz des Servius Sulpicius, wonach auch die körperliche Teilung als eine wahre Teilung gelten könne, eine wichtige Ergänzung im Sinne einer tieferen und allgemeineren Begriffsphilosophie. Der körperliche Zusammenhang gilt ihm an sich als belanglos, weil der Begriff über dieses Band erhaben ist und keineswegs zugleich mit ihm aufgelöst zu werden braucht. Das vermittelnde Moment zwischen den verschiedenen Ansichten der Juristen mochten die Grundstücke bilden, deren physischer Zusammenhang trotz körperlicher Teilung durch Grenzen immer noch gewahrt bleibt. Die Erdscholle erscheint als Bindeglied zwischen den beiden widersprechenden Theorien. Begriffsteilung und physische Zerlegung durch Grenzen waren hier ohne jede Sachzerstörung bis ins Unendliche zulässig; zwischen diesem Zugeständnis und der Anerkennung der körperlichen Teilbarkeit bei allen übrigen *ὁμοιομερῆ* gab es weiter kein Hindernis.

---

Sechstes Kapitel.

# Der Zuwachs der Körper und der Sachbegriffe.

## § 27. Der substantielle Zuwachs als natürlicher Fruchtbegriff.

Man kann vom Sachbegriff und Körper, von ihren Bestandteilen und ihrer Teilbarkeit nicht reden, ohne die Fruchttheorien der klassischen Juristen wenigstens zu streifen. Freilich nur zu streifen, denn in seiner eminenten Vielseitigkeit ist dieses Problem von den Alten keineswegs nur auf die metaphysische Grundlage gestellt worden. Kaum giebt es in der Entwickelungsgeschichte des Privatrechts ein Gebiet, auf welchem sich die Tiefe und Beweglichkeit des antiken Geistes in gleicher Weise offenbarte. Trotzdem krankte in der modernen Litteratur die Lehre von den Früchten von jeher an einer einseitigen Behandlung und sie leidet, ungeachtet mancher Fortschritte der neuesten Zeit, daran auch noch heute.

Es war ohne Zweifel ein Mifsgriff, die römischen Rechtssätze über die „fructus“ ausschliefslich von naturwissenschaftlichen Beobachtungen abzuleiten, noch fehlerhafter aber ist es, die für falsch erklärten, angeblich antiken Naturbegriffe zur Basis unseres modernen positiven Rechts zu erheben.[879] Die Gegner dieser Lehre von den sog. organischen Erzeugnissen hatten leichtes Spiel mit einer Theorie, welche selbst

die Grundlagen ihrer weiteren Deduktionen bemängelte. Unter diesen Umständen konnte der Erfolg jener wirtschaftlichen oder civilpolitischen Richtung[880] nicht ausbleiben. Letztere entdeckte gewissermafsen neue Gebiete, an denen die ältere naturwissenschaftliche Lehre achtlos vorübergegangen war. Die Schwäche der von den Gegnern eingenommenen Position hatte die Wirkung, dafs die Vertreter der rechtspolitischen Auffassung ihre sog. „subjektive Theorie" zu einer allgemeinen Formel für den Fruchtbegriff gestalteten und die natürliche, objektive Richtung aus allen Stellungen zu verdrängen suchten. Es ist nicht unsere Absicht, diese scharfsinnig begründete und mit Fleifs entwickelte wirtschaftliche Lehre vom Einkommen im ganzen zu bekämpfen. Trotz vielfacher Widersprüche[881] wird sie ein gewisses Gebiet immer behaupten, nur darum handelt es sich, den objektiven Fruchtbegriff, welchen die Civilpolitik in ihrem ersten, allzu heftigen Ansturm zerstörte, wieder aufzurichten.

Auf die Lehre von den organischen Erzeugnissen können wir bei unsern Untersuchungen uns nicht mehr stützen, aber auch gegen sie zu polemisieren, liegt nicht in unserm Plan. Ihre juristische Haltlosigkeit wurde bereits von verschiedenen Gesichtspunkten aus nachgewiesen, die objektive Fruchttheorie der Quellen teilt mit ihr nicht das Geringste. Trotzdem aber hat es eine solche objektive Lehre ohne Zweifel im römischen Recht gegeben, die klassischen Juristen leiteten sie aus ihrer Metaphysik unmittelbar ab und wiesen ihr ein bestimmt begrenztes, darum aber nicht weniger wichtiges Gebiet zu.

In der gesamten Fruchttheorie sind zwei Momente voneinander zu scheiden: die Produktivität und das Einkommen, d. h. der Nutzen, welchen diese Produktivität den einzelnen Wirtschaftssubjekten oder der Volkswirtschaft als Ganzem gewährt.

Innerhalb der Produktivität, welche uns hier ganz ausschliefslich beschäftigt, mufs wiederum der Ertrag menschlicher Handlungen — quaestus[882] — von den Erzeugnissen der Sachkörper geschieden werden. Aber auch die Sachkörper liefern Erträgnisse in verschiedener Weise; entweder unmittelbar durch ihre natürliche Beschaffenheit oder kraft gewisser Bemühungen und Verwendungen des Subjekts, welche die Fruchtbarkeit hervorrufen oder steigern. Für viele Fälle läfst sich hieraus die Regel ableiten, dafs dem Fruchtbegriff keine absoluten, objektiven Normen zu Grunde liegen. Mit Recht kann man darauf hinweisen, dafs meist „das Wesen des Fruchtbegriffes in Verhältnissen der Personen zu den wirtschaftlichen Gütern und untereinander, nicht aber in der objektiven Natur der Sachen oder in objektiven Verhältnissen zwischen den Sachen zu suchen“ sei.[883] Diese Formel wird sich dort besonders wirksam erweisen, wo die Produktivität der Gegenstände durch rechtliche Beziehungen der Subjekte untereinander oder durch Rechtsgeschäfte veranlafst wurde, die im Hinblick und in Rücksicht auf die Fruchtgewinnung zu stande kamen. Hier beruht alles auf dem Willen des Subjekts, alles geht aus ihm hervor.

So liegen die Dinge bei der Fruchtziehung auf Grund obligatorischer Verhältnisse, beim Niefsbrauch, Dotalrecht und dergl. Die natürliche Produktivität der Sache erscheint hier gewissermafsen als Material, als Stoff, welcher durch den Willen der Subjekte hervorgerufen, gesteigert, qualifiziert, ja, gegen seine ursprüngliche Natur umgestaltet werden kann. Eine solche besonders nachdrückliche Vorherrschaft des subjektiven Moments beobachten wir z. B. im Quasiususfructus, bei welchem der Wille der Beteiligten sich sogar in den krassesten Widerspruch zum natürlichen Zuwachs stellt und den

Fruchtbegriff dort fingiert, wo eigentlich eine Vernichtung der Sache selbst in Frage kommt.

Die unmittelbare sog. natürliche Produktivität der Sachkörper erhielt schon im Lichte der klassischen Jurisprudenz einen beschränkten Charakter. Das römische Sklavenrecht sorgte zeitig dafür, den Verkehr an Vorstellungen vom dinglichen Erträgnis zu gewöhnen, welche mit dem körperlichen Zuwachs oder den sog. organischen Erzeugnissen nichts gemein hatten. Von alters her bestand der Ertrag vom Sklaven nicht im natürlichen Zuwachs oder in der direkten Produktivität seines Körpers, sondern in seiner Thätigkeit und Arbeit. In reiferen Entwickelungsstadien brachte die stoische Philosophie die reine Menschenwürde des Sklaven mehr und mehr zur Geltung.[384] Der Sklave ist ein Mensch wie sein Herr, er bildet mit ihm nach dem jus humanum oder jus naturale im weitesten Sinne eine Gemeinschaft, welche gleichen Anspruch hat auf den Genufs der Natur und ihrer Früchte. Denn um der Menschen willen — hominum causa — ist das ganze Weltgebäude geschaffen, jeder Teil hat hier seinen Zweck, welcher in letzter Linie auf den Nutzen des Menschen allein gerichtet ist:

> Cicero: De natura deorum. II. cap. 14. § 37. Scite enim Chrysippus, ut clipei causa involucrum, vaginam autem gladii, sic praeter mundum caetera omnia aliorum causa esse generata, ut eas fruges atque fructus, quos terra gignit, animantium causa, animantes autem hominum, ut equum vehendi causa, arandi bovem, venandi et custodiendi canem. Vergl. auch ibid. II. cap. 61. § 154 und de officiis I. cap. 7. § 22.

In der Stufenleiter der Entwickelung kommt jedem Geschöpf an gewissen Erzeugnissen der Welt sein natürliches Nutzungsrecht zu, an höchster Stelle aber steht der Mensch,

dem mittelbar oder unmittelbar alles unterworfen ist. Es widerspräche daher dem Wesen des Menschen, seiner Stellung in der Schöpfung und dem Weltall, wollte man das Kind der Sklavenmutter als substanzielles Fruchtergebnis ansehen; nicht die Ethik wäre hierdurch verletzt, vielmehr müfste ein solcher Schlufs als unlogisch — absurdum — gelten, da alle natürlichen Erträgnisse beim Menschen enden und ihm zufallen:

> L. 28. § 1. Dig. de usur. et fruct. 22. 1. Gajus libro secundo rerum cottidianarum: Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit. Vergl. ferner § 37. Inst. de rer. div. 2. 1. L. 27. pr. Dig. de hered. pet. 5. 3. L. 68. pr. Dig. de usufr. 7. 1.

## § 28. Die Einheit und Gleichheit der Muttersache und des Zuwachses.

Dem objektiven Fruchtbegriff verbleibt ein verhältnismäfsig enges Gebiet. Es gehört hierher der Zuwachs des Sachkörpers ausschliefslich durch Naturkraft.

Das Wachstum mit seinem Wesen und seinen äufseren Erscheinungen wird von Aristoteles aus den Elementen abgeleitet, denn sie bilden den Bestand und die Zusammensetzung aller Körper, auch die weitere Ausdehnung sowie jeder Zuwachs des Körpers wird durch die Elemente bestimmt. Der Theorie nach sind zwar in den Körpern alle vier Urstoffe — Feuer, Wasser, Luft und Erde — enthalten, nach der Erfahrung kommen aber hauptsächlich nur die Erde und die Feuchtigkeit in Frage. Erde und Wasser sind jedenfalls die Stoffe aller, ganz besonders der organischen Dinge, „nur Erde und Wasser sind von lebenden Wesen bewohnt.“[885]

Im übrigen gilt im Sein und Werden das Prinzip der größten Einheit. Der Übergang vom Unbeseelten zum Beseelten vollzieht sich so allmählich, daſs die Grenzen zwischen dem Lebenden und Anorganischen bis zur Unmerklichkeit verwischt werden. Dem Elemente der anorganischen Erde stehen unter den organischen Dingen die Pflanzen am nächsten. Sie setzen sich nur aus Erde und Wasser zusammen.[886] Nach Theophrast entspringen sie aus dem Samen, aus Teilen einer andern Pflanze und aus Urzeugung d. h. wohl aus der Erde unmittelbar.[887] Zusammensetzung und Zuwachs ist also bei der Erde wie bei den Pflanzen gleichartig. In der Pflanze hat der Boden seine stoffgleiche Fortsetzung und wie sie ihn vom Moment ihrer Einwurzelung gewissermaſsen erweitert und ausdehnt, so findet sie selbst ihren Zuwachs im Samen oder in den Früchten.

Auch in der Tierwelt spielt die Erdsubstanz eine wichtige Rolle[888] und kommt besonders bei den niederen Gattungen in Frage. Die beiden Hauptschriften des Aristoteles über die Tiere — de historia animalium und de partibus animalium — enthalten in dieser Richtung zahlreiche Hinweise. Die Tierwelt gliedert sich der Pflanzenwelt an und steht ihr dem Ursprung nach sehr nahe. „Denn die Natur schreitet allmählich vom Unbeseelten zu den Tieren fort und zwar durch solche Wesen hindurch, welche, obgleich sie leben, dennoch keine Tiere sind. Der Abstand zwischen diesen Arten und der Pflanzenwelt ist so gering, daſs sie sich kaum voneinander unterscheiden.[889] Die Spongien z. B. leben genau wie die Pflanzen nur so lange, als sie am Boden haften, einmal abgelöst gehen sie ein. Andererseits giebt es unter den Landpflanzen solche, die sowohl an anderen Gewächsen, als auch völlig losgelöst wachsen und entstehen wie z. B. das

sog. Epipetron vom Parnafs, denn dieses lebt längere Zeit, selbst wenn es an Pflöcken aufgehängt wird.[890] — — — Was einige Knides, andere Akalephen nennen, gehört nicht zu den Schaltieren und schwankt seiner Natur nach gleichfalls zwischen Pflanze und Tier. Dadurch, dafs es sich vom Boden loslöst und über seine Nahrung herfällt, hat es etwas Tierisches an sich, — — — wegen seiner unvollkommenen Natur und weil es leicht an den Felsen anwächst, nähert es sich der Pflanzenwelt.[891] Dasselbe gilt von den Seesternen sowie von denjenigen unter den erwähnten Tieren, die sich frei vom Boden ablösen können, wie die Kopffüfsler und Krustentiere."[892]

Die Einheit des Stoffes, welche sich in den Dingen überhaupt zu erkennen giebt, ist natürlich auch jedem Sachkörper eigentümlich. Einheitlich ist die Substanz der Erde und der Metalle, ebenso diejenige jeder einzelnen Pflanze. Von den Ausläufern der Wurzel bis zu den Spitzen der Blätter bildet das Gewächs eine gleichmäfsige Materie; von demselben Stoff ist die Frucht und der Same. Auch bei den Tieren erzeugt der Same Dinge, die stofflich gleichartig sind mit demjenigen Wesen, von welchem er ausging.[893] Diese Auffassung hat die Alten schon frühzeitig dahin geführt, das Verhältnis der Frucht zu den Bestandteilen in Erwägung zu ziehen.

Theophrastus meint, es spreche vieles dafür die Früchte einfach für Sachteile zu erklären. Hinsichtlich der Pflanzen z. B. könne man entschieden behaupten, dafs sie am vollkommensten und schönsten erscheinen, wenn sie ihre Früchte gezeitigt haben. Worin bestehe denn das Eigentümliche der Fruchterzeugung? Sei die Pflanze nicht überhaupt in stetem Wachstum begriffen sowohl über der Erde, als auch unter ihr durch Ausdehnung der Wurzeln? Ebenso erhielten die

Tiere während ihrer Trächtigkeit ein volleres, schöneres Aussehen.[894]

Freilich müsse berücksichtigt werden, daſs die Teilqualität einen dauernden Zusammenhang, ein festes Band voraussetze. Könne man daher solche Substanzen Bestandteile nennen, welche kraft Naturgesetz dazu bestimmt sind, von der Hauptsache getrennt zu werden? Werfen aber andererseits nicht auch Tiere und Pflanzen periodisch gewisse Stücke ab, die zweifellos Bestandteile sind? Die Gewächse verlieren regelmäſsig ihre Blätter, gewisse Tiere Haare, Federn, Hörner und Geweihe.[895] Theophrast läſst nach reiflicher Erwägung streng genommen die Frage offen, wie sich die Früchte der Sache zu ihren Bestandteilen verhalten. Nehmen wir aber den Begriffsrealismus der Peripatetiker zu Hilfe, so müssen wir zum Ergebnis gelangen, daſs nur der Bestandteil das Wesen der Sache vollende. Im Gegensatz hierzu entsteht die Frucht zwar aus der Substanz des Objekts, sie ist mit ihm während ihrer Entwickelung körperlich und begrifflich verbunden, trägt aber zugleich den Keim zu einem selbständigen Sachbegriff in sich, welcher durch Lostrennung von der Muttersache auch äuſserlich zum Abschluſs gelangt. Demgemäſs erkannten die römischen Juristen auf Teilqualität der Frucht, so lange die körperliche und begriffliche Verbindung mit der Muttersache dauert:

L. 44. Dig. de rei vind. 6. 1. Gajus libro vicensimo nono ad edictum provinciale: Fructus pendentes pars fundi videntur. Ebenso: L. 62 (61). § 8. Dig. de furtis. 47. 2. Africanus libro octavo quaestionum: — — Etenim fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse. Vergl. auch L. 25. § 6. Dig. quae in fraudem creditorum 42. 8. Venulejus libro sexto interdictorum: — — Nam cum fundus alienaretur, quod

ad eum fructusque ejus attineret, unam quandam rem fuisse, id est fundum . . . Pauli sent. III. 6. 46. L. 12. § 11. Dig. de instructo vel instrumento legato. 33. 7. Ulpianus libro vicesimo ad Sabinum: Ea vero, quae solo continentur, instrumenti fundi non esse Cassius scribit, veluti harudineta et salicta, antequam caesa sint, quia fundus fundi instrumentum esse non potest: sed si caesa sint, puto contineri, quia quaerendo fructui deserviunt.

Rohr und Weiden z. B. gehören, solange sie noch im Erdboden wurzeln, auch substanziell zu ihm, ja sie werden mit einem „fundus" verglichen und geradezu als Erdstücke bezeichnet. Gewaltsame Lostrennung unreifer Früchte von der Muttersache gilt als Verletzung ihrer Substanz, wer deshalb von einem fremden Grundstück solche fructus abreifst, haftet wegen Sachbeschädigung nach der Lex Aquilia. Das Abernten reifer Früchte hat dagegen die Bedeutung eines blofsen Ordnens und Aufräumens selbständiger Gegenstände; deshalb leistet derjenige, welcher „fructus maturi" von fremden Gewächsen einheimst, dem Eigentümer eine nützliche Arbeit — nulla enim injuria est, cum tibi etiam impensas donaverit, quae in collectionem hujusmodi fructuum impenduntur:[896] — Zwar eine Vergütung hierfür kann er vom dominus fundi nicht beanspruchen, es lag keine negotiorum gestio, sondern diebische Arglist vor; er hat sich umsonst bemüht und wird gezwungen das Resultat seiner Arbeit dem Eigentümer der Früchte gewissermafsen zu schenken.

---

Die Einheit und Gleichheit aller körperlichen Substanz tritt mit besonderem Nachdruck in der stoischen Theorie von der Entwickelung der menschlichen und tierischen Leibesfrucht

zu Tage. Bekanntlich stützt sich der Stoizismus in der Lehre vom Ursprung der Menschen und der Tiere auf peripatetische Prinzipien, jedoch mit dem Unterschied, dafs er den Materialismus oder Sensualismus stärker betont.

Die menschliche Leibesfrucht ist zunächst pars viscerum: ‚*οἱ Στωϊκοὶ μέρος εἶναι αὐτὸ* (sc. *τὸ ἔμβρυον*) *τῆς γαστρός*'.[897] Beim Zeugungsakt wird ein Teil der elterlichen Seele — *ψυχή* — auf das Erzeugte übertragen. Dieser Teil aber stellt sich in seiner Unvollkommenheit als blofse Pflanzenseele — *φύσις* — dar.[898] Die stoische Auffassung von der Einheit des Welt-*πνεῦμα* konnte hierin keinen Widerspruch erblicken; zwischen den Abstufungen dieses *πνεῦμα* in den einzelnen Wesen besteht kein qualitativer, sondern ein nur gradueller Unterschied. Der Embryo gilt hiernach als richtiger, wesentlicher Bestandteil der Mutter, denn so wie er jetzt vorhanden ist, d. h. in seinem gegenwärtigen Entwickelungsstadium, kann er begrifflich nicht aufserhalb des Mutterleibes gedacht werden, andererseits gehört er zum normalen körperlichen und seelischen Zustand des schwangeren Weibes.

Diese philosophische Auffassung haben die römischen Juristen buchstäblich angenommen und wiedergegeben. Ulpian erklärt den Embryo für einen Bestandteil des Weibes — portio mulieris:

> L. 1. § 1. Dig. de inspic. ventre 25. 4. Ulpianus libro vicesimo quarto ad edictum: Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.

In weiterer Übereinstimmung mit den philosophischen Schulen finden auch die klassischen Rechtslehrer, dafs jene portio viscerum mit ihrer vegetativen *φύσις* kein menschliches Wesen sei: partus nondum editus homo non recte fuisse

dicitur; man hofft, es werde daraus ein Mensch hervorgehen — homo fieri speratur.[899]

Die dem Embryo eigentümliche, unvollkommene *φύσις* wird erst nach seiner Trennung vom Mutterleibe durch den Hinzutritt der kühlen Aufsenluft zur *ψυχή* gekräftigt; Plutarch: De primo frigore. 2. 5. S. 946: ‚*οἱ Στωϊκοὶ καὶ τὸ πνεῦμα λέγουσιν ἐν τοῖς σώμασι τῶν βρεφῶν τῇ περιψύξει στομοῦσθαι καὶ μεταβάλλον ἐκ φύσεως γίνεσθαι ψυχήν*'. Dieser spiritus erhebt den bisherigen Bestandteil zu einer abgesonderten Individualität, sein Hinzutritt ist bei der Entstehung des selbstständigen Menschen- oder Tierwesens unerläfslich. Indem er sich hier gleichfalls der philosophischen Terminologie bedient, giebt Ulpian ebendemselben Gedanken Ausdruck:

L. 12. § 1. Dig. de liberis et postumis. 28. 2. Ulpianus libro nono ad Sabinum: Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et tamen rumpit.

Es fragt sich, darf ein physisch unentwickeltes Kind als menschliches Wesen gelten? Obgleich von Tieren im engeren Sinn natürlich hier, wo es sich um die Gültigkeit resp. um die Aufhebung eines Testaments handelt, nicht die Rede sein kann, braucht Ulpian dennoch den Ausdruck „animal“ für Wesen im weitesten, philosophischen Sinn. Ferner wird für die Existenz jeder selbständigen Kreatur ein besonderer spiritus gefordert; hatte sich ein solcher der getrennten Leibesfrucht bemächtigt, so war damit die Individualisierung vollzogen und auf die mehr oder minder entwickelte Gestalt kommt es nicht weiter an.

Den Peripatetikern gilt das Tierjunge als substanzielles Erzeugnis der Muttersache; die Befruchtung durch das männliche Individuum hat keine stoffliche Einwirkung, denn da

sich nach Aristoteles das weibliche Geschlecht zum männlichen wie die ὕλη zur Form verhält, so liefert die Mutter natürlich den ganzen Stoff zum Jungen. Solange sich letzteres im Uterus entwickelt kommt das εἶδος, welches ein selbstständiges Ding voraussetzt, überhaupt nicht in Frage. Der männliche Same verbindet sich mit der Materie nicht einmal körperlich, sondern wie die Form mit dem Stoff ausschliefslich durch seine Wirkung. Es besteht somit Stoffeinheit nur zwischen der Frucht und dem Muttertier, ein substanzielles Verhältnis zum Erzeuger wird nicht anerkannt. Für den Juristen ergiebt sich hieraus kraft der Theorie vom materiellen Zuwachs mit Notwendigkeit der Schlufs, dafs der Eigentümer des männlichen Tieres keinen Anspruch an die von letzterem erzeugten Jungen hat:

L. 5. § 2. Dig. de rei vind. 6. 1. Ulpianus libro sexto decimo ad edictum: Idem (sc. Pomponius) scribit, si equam meam equus tuus praegnatem fecerit, non esse tuum, sed meum, quod natum est.

---

Die Einheit und Gleichheit zwischen der Muttersache und ihrem substanziellen Zuwachs bildet das wesentlichste Erfordernis des natürlichen Fruchtbegriffes und seiner steten Erneuerung. In der stofflichen Einheit und Gleichheit erblickte man den Unterschied zwischen jenen natürlichen Früchten und sonstigen wirtschaftlichen Erträgnissen, z. B. den Kapitalzinsen:

L. 121. Dig. de verb. significatione. 50. 16. Pomponius libro sexto ad Quintum Mucium: Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.

Die Prozente sind zunächst kein materieller Zuwachs des dargeliehenen oder empfangenen Geldes, aber der substanzielle Zusammenhang zwischen ihnen und der Kapitalschuld fehlt noch in einem anderen, übertragenen Sinn: Die Zinsen entstehen nicht unmittelbar aus der Hauptobligation, ihnen liegt eine besondere causa, in der Regel eine Stipulation oder ein pactum, zu Grunde. Wir verweisen zum Schlufs auf Senecas Worte über die Entstehung und Fortpflanzung der Dinge:

Natural. quaest. Lib. II. 4.: habet autem unitatem quicquid alicujus rei nativa pars est. nihil enim nascitur sine unitate.

**§ 29. Der Zuwachs bei Mineralien, Pflanzen und Tieren.**

Bei Philosophen und Juristen ist der Fruchtbegriff nicht etwas absolut Geregeltes, in allen Fällen gleichmäfsig Anwendbares. Vom natürlichen Gesichtspunkt aus wird er von der Substanz abgeleitet; mafsgebend für ihn ist die Einheit, Gleichheit und das Wachstum der letzteren. Es müssen Substanzteile abgelöst werden können, ohne die Möglichkeit des Ersatzes von innen heraus zu beeinträchtigen, nach jeder solchen Abtrennung bleibt immer wieder eine entwickelungsfähige „salva substantia“ zurück. Insofern entspricht die civile cautio usufructuaria der philosophischen Auffassung. Man könnte auch sagen, der Zuwachs müsse ununterbrochen sein, d. h. eine perpetua causa haben.

Nach dieser antiken Anschauung kam die natürliche Fruchtfähigkeit zunächst den Mineralien zu, denn Einheit, Gleichheit und Wachstum des Stoffes liegt auch bei ihnen vor.

Mit diesem Wachstum der Mineralien haben sich die neuesten Schriftsteller absolut nicht befreunden können.[900] Manche erblickten hierin einen überzeugenden Beweis dafür, dafs die natürliche Fruchtlehre der klassischen Rechtslehrer

überhaupt nicht ernsthaft zu nehmen sei. Wer mit solchen merkwürdigen Behauptungen argumentiere, habe keine klare Vorstellung vom Wesen der Frucht. Andere meinen, ein Wachsen der anorganischen Stoffe könne man „vielleicht bei Moor- oder Torflagern zugeben“. Im übrigen handele es sich um eine durch falsche und oberflächliche Beobachtungen gewonnene mifsverständliche Auffassung, welche möglicherweise dadurch unterstützt wurde, dafs die antike Welt keinen Unterschied zwischen Organischem und Unorganischem machte, und „das Gestein im Boden in ähnlicher Weise lebend glaubte, wie Pflanzen und Tiere.“[901]

Es ist nicht die Schuld der klassischen Rechtslehrer, wenn man in neuester Zeit meist ganz davon absah, die wissenschaftliche Grundlage der Frage zu untersuchen; denn schliefslich stellt es sich heraus, dafs die Alten von der natürlichen Beschaffenheit der Mineralien eine richtigere Vorstellung hatten, als ihre modernen Kritiker.

Zu den fruchttragenden Mineralien rechneten die römischen Juristen Erde oder Sand — L. 9. § 2. Dig. de usu fr. 7. 1. L. 7. § 14. Dig. solut. matr. 24. 3; vergl. L. 6. § 1. Dig. de serv. praed. rust. 8. 3 — Kreide-, Thon- und Erzlager — L. 9. § 2. Dig. de usu fr. 7. 1. L. 7. § 14. Dig. solut. matr. 24. 3 — Schwefel-, Kupfer-, Silber- und Goldgruben — L. 13. § 5. Dig. de usu fr. 7. 1. L. 7. § 14. Dig. solut. matr. 24. 3 — endlich Stein-, namentlich Marmorbrüche, L. 9. § 2. Dig. de usu fr. 7. 1. L. 18. pr. Dig. de fundo dotali. 23. 5. L. 8. pr. Dig. solut. matr. 24. 3. L. 7. § 13. eod. Letztere gelten indessen nach Ansicht des Javolenus und Ulpian als fruchterzeugend nur unter der Voraussetzung, dafs ihre Substanz sich stetig erneuert oder wächst — renascuntur oder crescunt. Diese Einschränkung entspricht vollkommen dem Wesen des natürlichen Fruchtbegriffes, aber

sie widerspricht auch nicht den Anschauungen der modernen Wissenschaft über die Veränderung und das Wachstum der Mineralien.

Javolenus und Ulpian haben hier einen Vorgang im Auge, welcher der heutigen Mineralogie ganz geläufig ist. Man weifs jetzt allgemein, dafs der Travertin, ein dem Marmor verwandtes Gestein, durch sog. Absätze, welche sich z. B. unter dem Einflufs von Thermen und Quellen regelmäfsig vollziehen, wächst und zunimmt. „Auf dem Wege von Erzerum nach Trapezunt am Nordfufs des Taurus, am Yör-Köprusyflufs, berichtet Roth — Allgemeine u. chemische Geologie, S. 584 ff. — hat nach Eli Smyth eine seitwärts vom Kalkgebirge herabstürzende heifse Quelle eine Tuff- und Stalaktitenbrücke mit einem grofsen Bogen gebaut, unter welcher der Flufs fortströmt. Bei dem Erkalten des Wassers beginnt die mächtige Tuffbildung; an der quer über den Flufs sich hinschiebenden Tuffmasse hängen nach unten Tropfsteine, welche sich immer stärker übersenken, endlich abbrechen und die Grundlage zum gegenüberliegenden Brückenkopf bilden. Jetzt ist diese Naturbrücke mit Erde und Vegetation bedeckt. Weiter abwärts ist eine zweite ähnliche Brücke bis zur Hälfte des Flusses erst im Werden. Bei Dyadin am rechten Muradtschaiufer (nördlich des Van-Sees) fand Abich ein weitverzweigtes System von Thermen (48—50°), die dom- und kegelförmigen Travertin absetzen. Die frühere grofse Thätigkeit zeigt die natürliche Überwölbung des Flusses auf 25 bis 30 Faden Länge durch Travertinmassen, unter welchen der Flufs in stollenartigem Kanal abfliefst." Dieses Wachstum des Travertin geht unter Umständen mit grofser Geschwindigkeit vor sich. So berichtet über einen ähnlichen Vorgang in Mexiko Courtenay de Kalb: „It appears that the formation of

the translucent compact variety of travertine, known as onyx marbr, is therefore due to exceedingly rapid disposition of lime carbonate from highly concentrated solution, probably in rapid motion. Absence of pressure seems to be another requisite."[902]

Wenn also Ulpian der wachsenden Marmor- oder Travertinbrüche in der Provinz Asien Erwähnung thut, so liegt die Annahme nahe, daſs er die oben geschilderten Ablagerungen nicht weit vom Taurus im Auge hatte.

Es ist ferner eine allbekannte Thatsache, daſs die Ausscheidung und Bildung der sog. See- und Raseneisenerze aus sehr verdünnten Eisenlösungen erfolgt.[903] Dieses Wachstum ist unter günstigen Verhältnissen ein sehr schleuniges. Zunächst wird schon in Eisenvitriollösungen durch humussaures Ammoniak, das in den braunen Torfwässern immer vorhanden ist, eine Ausfällung von Eisenoxydul, später von Eisenoxydhydrat bewirkt. Aus kohlensauren Lösungen wird das Eisen durch Abgabe von Kohlensäure an die Luft oder an Pflanzenzellen als Eisenoxydhydrat ausgefällt. Aus humussauren und ähnlichen organischen Verbindungen fällt das Eisenoxydhydrat schlieſslich bei der Oxydation der Humussäuren und deren Zerfällung in Kohlensäure und Wasser aus. Auch hier beschleunigt die Pflanzenzelle diesen Prozeſs, indem sie Sauerstoff dazu liefert. Endlich wird bei Vermischung von humussauren und schwefelsauren Eisenverbindungen durch Vereinigung der Schwefelsäure mit Ammoniak, welches Eisenoxyd in Lösung zu halten vermag, das Eisen als Hydroxyd oder humussaures Eisenoxyd zum Niederschlag gebracht.

Während der Absatz sich bei Seeerzen recht langsam vollzieht, spielt sich der Vorgang dort sehr schnell ab, wo die Abflüsse aus den Hutbildungen mächtiger Kieslagerstätten

in ein Seebecken oder auch ins Meer geführt werden, oder wo unter menschlicher Leitung grofse Zuflüsse von eisenreichen Grubenwässern erfolgen. So ist der Boden des Sees Tisken bei Falun mit einer mehrere Meter mächtigen Ockerschlammschichte bedeckt, die aus dem nahen Kiesstock geliefert wurde. Die Stromrinne des Rio Tinto führt bis Palos im Busen von Huelva hinaus Ockerschlamm aus den Wässern der Kupfergruben und Halden. Dafs dies schon vor der dortigen Bergbauperiode der Fall war, zeigt das Vorkommen von Eisenerzen auf der Mesa de los Pinos und dem Cerro de las Vacas. Diese Eisensteine enthalten Pflanzenreste vom Charakter der heutigen Flora und haben nachweislich schon den Römern als Material zu Grabsteinen gedient. Ebenso wird die Eisenerzbildung auch dort beschleunigt, wo eisenhaltige Mineralquellen in sumpfigen Einsenkungen an die Oberfläche treten. Ein solcher Vorgang wird z. B. im ausgedehnten Mineralmoor in der Soos bei Franzensbad beobachtet.

Nicht nur hinsichtlich des Zuwachses von Marmor und Erz stützt sich der klassische Jurist auf Naturanschauungen, die noch heute herrschend sind, sondern auch in Bezug auf Goldlager ist unter den modernen Technikern die Ansicht sehr verbreitet, dafs durch mineralische Verschiebungen eine Erneuerung innerhalb gewisser periodischer Zwischenräume vor sich gehe.[904] Ganz besonders will man diesen Vorgang beim Flufsgold wahrgenommen haben und dasselbe wurde, freilich unter mancherlei Widerspruch, lange Zeit hindurch auch vom Kupfer behauptet.

Als Zuwachs der Erde oder Humusschichte lassen sich die sog. Kulturablagerungen auffassen, eine Erscheinung, die gleichfalls mit gröfster Regelmäfsigkeit und nach bestimmten Gesetzen beobachtet wird.

Ohne Zweifel waren die klassischen Juristen im Recht, wenn sie vom substanziellen Wachstum der Mineralien sprachen. Sie befanden sich wenigstens zum Teil im Einklang mit unserer modernen Wissenschaft und was sie uns berichten, bildet gewissermafsen den Höhepunkt der mineralogischen Kenntnisse ihrer Zeit.

Wir gehen zur Pflanzenwelt über, welche mit dem Erdboden eine stoffgleiche Masse bildet. Es liegt hier also ebenfalls Einheit und Gleichheit der Materie vor, ferner auch das Wachstum, weil der Boden fortdauernd neue Bäume und Pflanzen zu erzeugen im stande ist. Die Erde ist gewissermafsen die Muttersache, welche das Gewächs stofflich bildet, der Same giebt auch hier nur den Anstofs zum Werdeprozefs. Daher ist wie beim Tier das Mutterrecht, so bei den Pflanzen das jus soli, nicht das jus seminis mafsgebend.[905] Das gilt vor allem von der Feldfrucht, vom Getreide, Gemüse, schliefslich auch von den Waldungen, welche dazu bestimmt sind, geschlagen zu werden, um für neue Bildungen Platz zu gewinnen. Hier müssen die fraglichen Substanzteile sogar entfernt werden, um dem Nachwuchs wiederum Raum zu geben. Die Art der Separation ist dabei gleichgültig, sie kann durch menschliche Arbeit oder durch Naturereignisse, z. B. Windbrüche erfolgen; nur der Umfang, in welchem die Trennung vor sich ging, gilt als mafsgebend. Darnach kann es sich bald um Substanzbeschädigung, bald um echten Fruchtbezug handeln. Hierüber entscheidet aber das sog. subjektive Prinzip, d. h. die rechtliche Stellung des Nutzenden. Beim Pächter oder Usufruktuar wird aus dem Fruchtbegriff dasjenige ausgeschieden, was über die im laufenden Jahr fälligen Schläge hinaus gehauen oder vom Winde gebrochen wurde. Hinsichtlich des gutgläubigen Besitzers findet diese Scheidung nicht

statt, ihm verbleibt alles, was er davon bis zur litis contestatio konsumiert, veräufsert und fortschafft.[906] Im allgemeinen spricht sich auch der römische Jurist für die Gleichartigkeit des mineralischen und vegetabilischen Zuwachses der Erde aus:

L. 77. Dig. de verb. significatione. 50. 16. Paulus libro quadragensimo nono ad edictum: ‚Frugem' pro reditu appellari, non solum frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Julianus scribit. Cf. L. 40. § 4. Dig. de contr. empt. 18. 1.

Ein weiteres Stadium des Zuwachses tritt ein, wenn die Erde mit den Gewächsen zusammen eine geschlossene gleichartige Basis bildet, welche ihrerseits sich fortzuentwickeln und zu ergänzen bestimmt ist. Dahin gehören Weinberge, Frucht- und Obstgärten. Jede Rebe, jeder Obstbaum oder Strauch sind bleibende Substanzteile der Erde, ihre Bestandteile nicht nur *ὁμοιομερῆ*; sie sind mit dem Boden fest vereint und erzeugen den Zuwachs mit ihm zusammen. Die Frucht mufs auch hier periodisch entfernt werden, damit eine Erneuerung und Fortbildung überhaupt möglich sei. Die Pflanzen gewinnen also eine doppelte Bedeutung: Sie sind kraft ihrer Natur bald Früchte des Erdbodens, bald Erdsubstanz. Diese ihre natürliche Eigenschaft wird auch durch Rechtssatz anerkannt. Im Zweifel ist eine Weinrebe, ein Obstbaum oder Strauch niemals Frucht, eine Gemüsepflanze oder Kornähre niemals Muttersubstanz. Widersprechende Dispositionen der Parteien können nur dazu dienen, den prinzipiellen Charakter der Dinge noch bestimmter hervortreten zu lassen.

Wir wenden uns den Tieren zu. Was erscheint bei ihnen als gleichartiger stofflicher Zuwachs? Zunächst giebt es hier eine Reihe von Substanzteilen, die sich immer wieder erneuern und von der Hauptsache abgetrennt werden können,

ohne ihre materielle Existenz zu gefährden und ihr Wachstum zu beeinträchtigen. Diese Eigenschaft haben Milch, Haare oder Wolle, Hörner oder Geweihe. Theophrast, welchem überhaupt die Pflanze als typischer Fruchterzeuger gilt,[907] scheint freilich an der echten Fruchtqualität dieser Dinge gezweifelt zu haben; er vergleicht sie mit den abgefallenen Blättern und Blüten, die man zwar als Teile, nicht aber als Früchte ansehen dürfe. Indessen Theophrast ist selbst seiner Sache nicht ganz sicher, und die allgemeine Theorie vom Wachstum der Substanz konnte kaum irgend welchen Zweifel hinsichtlich der Fruchtqualität jener Gegenstände aufkommen lassen. Jedenfalls haben die römischen Juristen sich diese Anschauung bedingungslos angeeignet. Zu den Früchten der Tiere werden von ihnen in erster Linie Milch, Hörner, Haare und Wolle gerechnet. L. 28. pr. Dig. de usur. et fruct. 22. 1. ebenso § 37. Inst. de rer. div. 2. 1. cf. auch L. 4. § 19. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3.

Den Dünger hingegen haben die Alten weder als Zuwachs noch als Frucht gelten lassen.[908] Es fehlt ihm die substanzielle Einheit und Gleichheit mit der produzierenden Sache; er ist ein Fremdkörper mit einer eigenen stofflichen Zusammensetzung: Wegen seines ökonomischen Nutzens kann er kraft subjektiver Disposition als Einkommen — reditus — behandelt werden, das folgt aber nicht aus seiner objektiven Natur.

Welchen Standpunkt nahm man den Tierjungen, den fetus oder partus gegenüber ein? Galten sie als einheitlicher, gleichartiger Zuwachs der Substanz oder wie die Sklavenkinder als selbständige Objekte, die mit dem natürlichen Fruchtbegriff nichts gemein hatten? Schon früher wurde darauf hingewiesen, daſs die Ansichten der älteren römischen Juristen in dieser Frage geteilt waren,[909] und es scheint in

der That, dafs sich nur allmählich die Anschauung Bahn brach, wonach Tierjunge wirklich als natürliche Frucht der Muttersache anzusehen seien. Die Streitfrage behandelt:

L. 68. Dig. de usu fructu. 7. 1. Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum: Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertinet: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo loco non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit. quid tamen si fuerit etiam partus usus fructus relictus, an habeat in eo usum fructum? et cum possit partus legari, poterit et usus fructus ejus. § 1. Fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere.

Ohne Zweifel haben die Juristen die natürliche Fruchtqualität des Sklavenkindes und des Tierjungen gleichzeitig erwogen. Beider Charakter war eine „vetus quaestio". Während man aber unter dem Einflufs der stoischen Philosophie den Menschen nicht als natürlichen Zuwachs gelten liefs, gelangte hinsichtlich des partus pecoris die entgegengesetzte Ansicht zur Herrschaft. Die ganze Kontroverse ist in Bezug auf das Tierjunge dadurch zu erklären, dafs hier zwei verschiedene, uns jetzt bekannte metaphysische Auffassungen sich kreuzten. Einmal die Ansicht, kraft deren die Frucht im Mutterleibe zwar einen Bestandteil des letzteren bildet, nach ihrer Trennung aber gleich der Muttersache ein selbstständiges εἶδος, ein völlig unabhängiges Objekt darstellt. Unterstützt wurde diese Theorie noch durch die besondere Lehre der Stoiker von der eigenen φύσις des Fetus. Dem stand die andere Meinung entgegen, wonach der partus doch aus der Substanz jener Muttersache hervorgegangen ist und sich bis zu seiner völligen Ablösung aus ihrer ὕλη entwickelt; das Tierjunge war somit ein gleichartiger stofflicher Zuwachs und

die reife Baumfrucht, welche sich ohne Zwang vom Stamme trennt, gewissermafsen vorbildlich. Dieser Auffassung haben sich dann alle späteren Juristen, besonders diejenigen stoischer Observanz angeschlossen.[910]

Es kam aber noch eine wichtige Erwägung hinzu, welche gleichfalls dahin führen mufste, zu Gunsten der natürlichen Fruchtqualität des Tierjungen zu entscheiden. Wir haben gesehen, worin der römische Jurist bei den einzelnen Objekten der Naturwelt das Wesen des substanziellen Zuwachses erblickte. Analog behandelte man kraft des herrschenden Begriffsrealismus die Sachgesamtheiten. Auch sie galten als geschlossene Gegenstände, als selbständige Rechtsobjekte, auch bei ihnen gab es eine stoffliche Ergänzung, ein natürliches Wachstum. Unter allen universitates rerum stand hier die Herde im Vordergrund, denn sie erfuhr ihre regelmäfsige, substanzielle Vermehrung ohne jedes Zuthun des Menschen, allein dank dem Naturtriebe. Dieser Zuwachs war einheitlich und gleichartig, er konnte nach einer gewissen Ordnung periodisch separiert werden, ohne das weitere Wachstum der Substanz zu gefährden und zu beeinträchtigen. Im Hinblick auf diese Erscheinung mufste jeder Zweifel über die natürliche Fruchtqualität der Tierjungen schwinden. Die Quellen, welche in jenem Sinne entscheiden, betrachten den partus pecoris in erster Linie als Herdenfrucht, nächstdem als Zuwachs der Muttersache:

L. 10. § 3. Dig. de jure dotium. 23. 3. Ulpianus libro trigesimo quarto ad Sabinum: Sed fetus dotalium pecorum ad maritum pertinent, quia fructibus computantur, sic tamen, ut suppleri proprietatem prius oporteat et summissis in locum mortuorum capitum ex adgnatis residuum in fructum maritus habeat, quia fructus dotis ad eum pertineat. cf. L. 68. pr. § 2.

L. 69. Dig. de usu fructu. 7. 1. cit. oben S. 61; desgleichen L. 70. Dig. eod. tit.

Ein getötetes Tier ist an sich vernichtete oder veränderte Substanz,[911] im Verhältnis zur Herde kann es als Frucht gelten.[912]

Die stoffliche Einheit und Gleichheit zwischen der Muttersache und dem Zuwachs tritt bei der Herde ebenso zu Tage wie bei den Mineralfrüchten und den Vegetabilien. Trotzdem aber entscheiden hier wie dort über die Fruchtqualität in letzter Linie subjektive Momente. Der animus domini oder die rechtliche Grundlage des Fruchtgenusses begrenzen die Kapitalsubstanz, bestimmen darüber, was Kapitalzuwachs und was Ertrag sein soll; das gilt bei Fossilien, Bäumen und Herdentieren in derselben Weise.[913] Unabhängig von solchen Dispositionen könnte die Substanz als gleichartige Masse sich ins Unermefsliche vermehren, soweit das Naturgesetz selbst keine Schranke errichtete.

## § 30. Die Separation des Zuwachses.

Solange der Zuwachs mit der Hauptsache physisch verbunden ist, gilt er auch begrifflich als ein echter Bestandteil und unterliegt den rechtlichen Schicksalen des Ganzen. Es giebt, solange die Verbindung dauert, an ihm kein gesondertes Recht. Dem Ermessen des Eigentümers der fruchttragenden Substanz ist es anheimgestellt, ob eine andere Person das Produkt abtrennen darf oder nicht; unbefugte Separation gilt als Sachbeschädigung resp. als furtum. In der natürlichen Entwickelung des Zuwachses giebt es aber Stadien, kraft deren er ohne jeden Schaden von der Hauptsache getrennt werden kann oder gar im Interesse der letzteren getrennt werden mufs. Wie verhält sich jener Zustand zur bisherigen

Teilqualität? Wir haben gesehen, dafs die Philosophie eben in diesem natürlichen Drang zur Separation ein wichtiges Kriterium des Fruchtbegriffes im Gegensatz zum Bestandteil erblickte. Ohne Zweifel stellt sich der abgetrennte Zuwachs als bestimmtes, begrenztes Objekt, als finitum oder *πεπερασμένον* dar. Das ist aber zunächst nur seine körperliche, nicht seine begriffliche Stellung, denn vom animus domini hängt es ab, ob nicht trotz der physischen Trennung ein begrifflicher Zusammenhang mit der Muttersache fortbestehen soll. Die ganze Ernte oder ein Teil derselben kann als wesentlicher Bestandteil auf dem Landgute im Interesse seiner Bewirtschaftung verbleiben, das Tierjunge als Bestandteil in die Herde eingestellt, in einem bestimmten Schlage gefälltes Holz sofort auf demselben Grundstück verbaut werden. Andererseits kann dasselbe consilium domini wie jeden beliebigen Sachteil, so auch den natürlichen Zuwachs als abgetrenntes Objekt beherrschen und ihm eine besondere Bestimmung beilegen. Wir erinnern hier nur an das Beispiel vom zerstörten Schiff oder Hause. Die physisch separierten Planken oder Bretter blieben entweder im Geiste des Eigentümers zum geschlossenen Begriff vereinigt oder wurden mutato consilio in selbständige Sachen verwandelt.[914]

So liegen die Dinge, wenn der Eigentümer die Separation selbst vornimmt. Es kann aber auch geschehen, dafs die Früchte ohne seine Einwirkung, ja ohne sein Wissen sich von selbst oder durch Eingriff dritter Personen ablösen. Dieser Fall ist genau so anzusehen, wie wenn eine zufällige Trennung von wesentlichen Bestandteilen in Frage käme. Eine Ziegel stürzt vom Dach, der Sturmwind reifst eine Wasserrinne oder Fensterlade vom Hause los, verhält es sich hier etwa anders, als wenn ein Apfel von meinem Baume

fällt, ohne dafs ich es weifs, oder wenn meine Kuh ohne mein Wissen kalbt?

Die Separation ist keine rechtliche Thatsache, sie ist ein natürliches Ereignis, welches an sich auf das Eigentum oder auf sonstige Rechte keinen Einflufs hat. Diese Auffassung haben schon frühere Schriftsteller in den Quellen zu finden geglaubt. Am meisten nähern sich unserer Ansicht Savigny[915] und Czyhlarz.[916] Ohne die metaphysischen Grundlagen der natürlichen Fruchtlehre zu kennen oder zu berücksichtigen, sind sie dennoch fast genau an unserem Standpunkt angelangt. Savigny meint, die Quellen hätten den Anfall der Frucht an den Eigentümer der Muttersache als etwas Selbstverständliches ignoriert. Mit der Absonderung der Frucht habe es genau dieselbe Bewandnis gehabt, wie mit der reellen Teilung jedes anderen Ganzen, z. B. dem Zerteilen eines Tieres oder dem Abbrechen eines Hauses. Von einer Ausdehnung des Eigentums an der Muttersache auf die Frucht reden auch Gesterding,[917] Pagenstecher,[918] Windscheid,[919] Heimbach,[920] Janke[921] und Göppert,[922] freilich alle in verschiedener Weise. Keiner von ihnen hat es aber versucht, für diese Fortsetzung des Eigentums eine tiefere Begründung zu finden, die bisher verbreiteten Fruchttheorien bildeten eine hindernde Schranke. Vangerow[923] spricht von einem neuen Eigentum an den Früchten, welches zwar an sich selbständig sei, aber doch als eine Folge des Eigentums an der Muttersache erscheine. Ähnlich stellt sich auch Dernburg[924] zur Frage. Dem Eigentümer fallen die Früchte unmittelbar mit der Trennung zu, das sei „Eigentümerrecht, wenn nicht besondere und stärkere Nutzungsrechte bestehen".

Der separierte Zuwachs bleibt also zunächst unter derselben Willensherrschaft wie die Muttersache und dieser Um-

stand beeinflufst auch seine rechtliche Stellung. Der Sand aus meiner Grube, der Stein aus meinem Bruch gehört im Zweifel unmittelbar nach der Trennung mir, ebenso verhält es sich mit dem auf meinem Grundstück gefällten Baum, welcher nach der Theorie der Alten ihm substanzgleich war, oder der Wolle und Milch von meinen Tieren. Alle diese Dinge stehen nach der Separation in meinem Eigentum, genau so wie die Steine und Balken, welche aus meinem Hause gebrochen wurden.

Des natürlichen Rechtes auf den Zuwachs seiner Substanzen kann sich der Eigentümer entäufsern, es steht ihm frei, diese Dinge anderen Personen abzutreten, ihnen Besitz und Eigentum daran einzuräumen, er kann schliefslich den Zuwachs preisgeben oder derelinquieren, aber bis zu diesem Moment gehört ihm das separierte Produkt, genau so wie z. B. die Trümmer seines zusammengestürzten Hauses, der Kadaver seines krepierten Tieres.

Diese Schlüsse decken sich vollkommen mit der stoischen Begriffslehre. Durch die Abtrennung hat die substantia oder *οὐσία* zwar neue *ἕξεις* oder qualitates angenommen, letztere sind aber im Zweifel für das Wesen der Sache nicht entscheidend, und da mit diesem Wesen keine Änderung stattgefunden hat, so kann zunächst, so lange nicht anders verfügt wurde, auch kein rechtlicher Wechsel Platz greifen.

---

Freilich vom peripatetischen Standpunkt aus ist noch eine andere Auffassung zulässig. Danach könnte man die separierte Frucht als ein neues *εἶδος*, mithin als eine neue Sache ansehen. Theophrast hat direkt hierauf angespielt.[925] Dieses selbständige, soeben geschaffene Objekt müfste vom Eigentümer der Muttersache occupiert oder percipiert werden, um unter seine Herrschaft zu fallen. Der peripatetische Einflufs

ist, wenn er hier überhaupt eine Rolle gespielt hat, nicht durchgedrungen, er hat aber in der Vindikationslehre, vielleicht unterstützt durch das ältere Prozefsrecht, deutliche Spuren hinterlassen. Ohne Zweifel stand die Theorie des Aristoteles mit ihrer Betonung des *εἶδος*, der species und der individuellen Bezeichnung dem alten formalen Vindikationsprinzip nahe. Schon in der Spezifikationslehre haben wir auf diesen engen Kontakt hingewiesen. In beiden Fällen war die Benennung des Individuums gleich wichtig, hier wie dort galt der Satz: rei appellatio non genus sed speciem significat. Es entspricht jedenfalls nicht der stoischen substantiellen Separationstheorie, wenn die klassischen Juristen es gestatten, nach der Vindikation der Muttersache noch einmal die separierten Früchte nachzufordern, ohne dafs dem Kläger die exceptio rei judicatae entgegenstände. In Bezug auf Bestandteile wird eine solche Wiederholung der Eigentumsklage entschieden verworfen, denn gleichviel ob physisch oder begrifflich verbunden, gehört der Teil zum Ganzen — pars in toto est. Deshalb kann z. B. nach der Vindikation des Grundstückes das auf ihm geschlagene Holz nicht nachgefordert werden, ganz ebensowenig das abgetrennte Baumaterial eines Hauses oder die Planken eines bereits vindizierten Schiffes:

> L. 7. pr. Dig. de exceptione rei jud. 44. 2. Ulpianus libro septuagesimo quinto ad edictum: . . Idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur: nam nocebit exceptio. item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit, deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat: item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem.

So lautet die allgemeine Regel; in Bezug auf einzelne Punkte erheben sich alsbald gewisse Zweifel. Zunächst kann

verbautes Material nach seiner Trennung vom Hause nochmals mit Erfolg vindiziert werden:

§ 2. In his fere omnibus exceptio nocet: sed in cementis et tignis diversum est: nam is, qui insulam petit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea condicione est, ut videatur aliud petere: etenim cujus insula est, non utique et cementa sunt: denique ea, quae juncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest.

Die XII Tafeln haben festgesetzt, dafs jene Materialien ungeachtet ihrer Verbindung mit dem Hause in der bisherigen Rechtslage verbleiben sollen, aber vindiziert werden dürfen sie erst nach der körperlichen Trennung vom Gebäude. Die Vindikation wäre illusorisch, wollte man dem Prozefs um das Haus selbst hier eine präjudizielle Bedeutung beimessen. Die Ausschliefsung der exceptio rei judicatae ist auch vom materiell-rechtlichen Standpunkt aus zu billigen; das tignum junctum gilt juristisch nicht als Bestandteil, sondern solange der Eigentümer nicht befriedigt ist, steckt es wie ein Fremdkörper im Gebäude.

Schliefslich erregt die Stellung der Früchte einige Bedenken. Es fragt sich, ob sie insoweit Teile der Muttersache sind, dafs der Prozefs um letztere auch für sie präjudiziell ist? Macht sich die bisherige Teilqualität auch noch nach ihrer Separation geltend? Die klassischen Juristen geben zunächst eine allgemein lautende Antwort, es wird gewissermafsen ein Prinzip aufgestellt, welches je nach der philosophischen Interpretation des Thatbestandes eine verschiedene Lösung zuläfst, danach folgt die bestimmte Entscheidung des konkreten Falles:

§ 1. eod: si ancillam praegnatem petiero et post litem contestatam conceperit et pepererit, mox partum ejus petam:

utrum idem petere videor an aliud, magnae quaestionis est. et quidem ita definiri potest totiens eandem rem agi, quotiens apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est.

Der Kläger hat sein petitum auf eine schwangere Sklavin gestellt. Letztere gebar während des Prozesses, d. h. vordem sie dem Kläger ausgeliefert wurde und es fragt sich, ob das Kind in einem zweiten Verfahren nachgefordert werden kann, ohne dafs die exceptio rei judicatae dem im Wege stünde. Zwei Möglichkeiten sind hier zu unterscheiden: Entweder die Klageforderung entsprach den wirklichen Verhältnissen, d. h. die Sklavin war zur Zeit der litis contestatio wirklich schwanger, oder nicht nur die Geburt, sondern auch die Konzeption erfolgten erst nach Beginn des Prozesses. Im letztgenannten Falle läge im Moment, wo das petitum gestellt wurde, nicht einmal der Keim des Kindes vor, es wäre von Anfang bis zu Ende ein neues Objekt und könnte ungeachtet des Rechtsstreites um die Muttersache nachträglich als etwas Selbständiges beansprucht werden. Anders mufs die Entscheidung ausfallen, wenn die Konzeption vor der litis contestatio eingetreten war. Hier ging das petitum auch auf den fetus, welcher mit seiner *φύσις* wenngleich auch nicht als Mensch, dennoch stofflich schon vorhanden — in rerum natura — war. Im Hinblick auf diese substanzielle Präexistenz ist eine Auffassung möglich, kraft deren die nachträgliche Vindikation des Sklavenkindes als Wiederholung des Prozesses um dasselbe Objekt gelten könnte und sich an der exceptio rei judicatae zerschlüge.

Die moderne Textkritik hat die Worte „conceperit et“ als sinnstörend streichen wollen. Schwerlich mit Recht. Gerade sie geben dem Thatbestand jene Vielseitigkeit, aus

welcher sich das Schwanken und die allgemeine Abstraktion der klassischen Juristen erklärt.

Es ist aber noch eine andere Entscheidung möglich, welche ihre Begründung namentlich in der besonderen Natur der Erd- und Pflanzenfrüchte fände. Letztere haben nicht wie der fetus oder partus eine nachweisliche Präexistenz im Keim, ein Moment der Konzeption läfst sich nicht feststellen, man kann nicht sagen, wann sie sich zu bilden begannen. Es liegt in der Natur der Sache, dafs hier der schöpferische Einflufs gewissermafsen in der Separation konzentriert wird, dafs man von demjenigen völlig absieht, was ihr vorausging und die Frucht vom Augenblick ihrer Trennung als etwas Neues ansieht:

§ 3 eod.: De fructibus eadem quaestio est et de partu: haec enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt, quae petita est: magisque est, ut ista exceptio non noceat. plane si in restitutionem vel fructus vel etiam partus venerunt aestimatique sunt, consequens erit dicere exceptionem obiciendam.[926]

Stofflich sind die Früchte allerdings mit der Muttersache identisch — ex ea re sunt — aber die abgetrennten Substanzstücke haben ihr eigenes εἶδος, sie tragen als etwas neu Gewordenes einen eigenen Namen — appellatio — und lassen sich unter diesem besonderen Namen vindizieren. Von den Bestandteilen unterscheiden sich hier die Früchte durch ihr stetes Wachstum und die dadurch bedingte formale Veränderung. Letztere mufste nach der peripatetischen Auffassung die stoffliche Identität mit dem Objekt des ersten Prozesses, d. h. der Muttersache, zurückdrängen. Schon Theophrast erblickt trotz enger Verwandtschaft zwischen den Bestandteilen und

dem Substanzzuwachs das Eigentümliche des letzteren im Drange zur Separation. Den gleichen Gedanken drücken hier die Juristen aus und knüpfen daran ihre rechtlichen Folgerungen.

Die oben berührten Zweifel und Schwierigkeiten erstrecken sich nur auf den Prozefs; sie sind bedingt durch seine Formen, durch die Bedeutung, welche in ihm nicht dem Kern und Wesen der Sache, sondern ihrer Bezeichnung in der Vindikationsformel beigelegt wurde. Die materiellrechtlichen Folgen der Separation betrifft das nicht weiter.

### § 31. Das Verhältnis des separierten Zuwachses zur Muttersache.

Die Frucht ist von der Hauptsache getrennt, sie ist ein selbständiges Objekt, ein finitum oder *πεπερασμένον* geworden. Hat trotzdem die bisherige Teilqualität des Zuwachses Einflufs auf seine jetzige Stellung? Diese Frage wird in den Quellen konsequent verneint. Es giebt kein objektives Verhältnis, welches die voneinander abgesonderten Gegenstände gleichen Schicksalen zuführen könnte; ihre weitere Verbindung hängt vom animus domini oder vom Perceptionsberechtigten ab. In Bezug auf Mineralien, Pflanzenfrüchte und tierische Produkte wie Wolle, Milch und dergl. wird diese Regel auch in der neuesten Litteratur nicht angefochten; Schwierigkeiten hat die Stellung des Tierjungen und Sklavenkindes verursacht.

Wir finden hierüber in den Quellen eine interessante Streitfrage. Einflufsreiche klassische Rechtslehrer vertraten die Ansicht, dafs gewisse rechtliche Eigenschaften der Muttersache, wie z. B. die Furtivität sich unter Umständen auch auf die separierte Frucht erstrecken können. Diese Auffassung

hatte aber auch Gegner; es fragt sich, worauf beruhte jene Meinungsverschiedenheit? Handelte es sich um die bloſse Nachwirkung der bisherigen Teilqualität, oder liegen ihr irgend welche allgemeine Lehren zu Grunde? Der rein juristische Zweck ist hier leicht zu erkennen; er könnte nur in einer Verschärfung der Vorschriften über die Furtivität bestehen. Mit keinem Wort aber lassen die Quellen erkennen, daſs man dieses Resultat im Auge hatte, ein solches Ziel entsprach auch keineswegs der Tendenz des privatrechtlichen Entwickelungsprozesses; nicht hierüber streitet man, die Frage lautet, ob die Furtivität des partus mit Notwendigkeit aus den herrschenden Erkenntnislehren folge oder nicht.

Der Thatbestand, aus welchem die Furtivität des partus abgeleitet wird, ist folgender: Eine Sklavin wurde vom Diebe in schwangerem Zustande entführt, oder während sie noch im Besitz des Diebes war, geschwängert. Das von ihr geborene Kind soll als res furtiva gelten, ohne jede Rücksicht darauf, ob es beim Diebe selbst zur Welt kam oder späterhin, nachdem die Mutter bereits in den Besitz eines bonae fidei possessor übergegangen war. Erfolgte aber die Schwängerung der entführten Sklavin, sowie die Geburt des Kindes erst beim gutgläubigen Besitzer, dann soll der partus unter keinen Umständen als res furtiva angesehen werden.[927]

Es besteht noch eine andere Auffassung; ihre Anhänger betonen die Selbständigkeit des partus separatus. Nach der Geburt habe es mit der Teilqualität ein für allemal ein Ende, es wäre daher ganz unzulässig, Eigenschaften und rechtliche Mängel der Muttersache auf die Frucht zu erstrecken. Wollte man letztere auch nach ihrer endgültigen Abtrennung als Bestandteil behandeln, dann bliebe nichts anderes übrig, als die Furtivität des partus ein für allemal festzuhalten und sie

selbst in dem Falle zu statuieren, wenn ihre Trennung von der Hauptsache beim gutgläubigen Besitzer erfolgte — nec enim esse partum rei furtivae partem, ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisset, usucapi poterat.[928] Scaevola, dessen Ansicht hier in Frage kommt, scheint anzunehmen, dafs die Verteidiger der Furtivität des partus sich ganz ausschliefslich auf die Teilqualität stützten und ein unsichtbares Band zwischen der Frucht und der Muttersache selbst nach der physischen Trennung aufrecht erhalten wollten. Legt man diesen begrifflichen Zusammenhang zu Grunde, dann freilich ist es gleichgültig, wo der partus konzipiert und geboren wurde, die Furtivität der Mutter mufste durch jenes unsichtbare Band stets und überall auf das Kind hinübergeleitet werden.

Scaevola steht mit seiner Auffassung allein da, die Mehrzahl der klassischen Rechtslehrer nimmt einen anderen Standpunkt ein. Es fragt sich, hat er seine Gegner richtig verstanden, ist er ihren Gründen gerecht geworden?

Zwei Momente fesseln unsere Aufmerksamkeit: Weshalb ist in dieser Streitfrage nur vom Sklavenkinde und Tierjungen die Rede und weshalb soll es von Bedeutung sein, wo die Konzeption erfolgte, oder in wessen Händen sich die Muttersache während ihrer Schwangerschaft resp. Trächtigkeit befand?

Obgleich die Stoiker unzweifelhaft der Ansicht waren, dafs die Frucht im Mutterleibe eine pars materis sei, so besafs die vegetative *φύσις* des Embryo immerhin auch schon jetzt als Ausflufs des Welt-*πνεῦμα* eine gewisse Selbständigkeit. Natürlich handelt es sich hier nicht um ein vollendetes Individuum, welches ein abgegrenztes Objekt von Rechten oder gar ein Rechtssubjekt sein könnte. Der mit vegetativem

Leben ausgestattete Keim hat aber teil an der Weltseele und ist von der ψυχή, die sich aus ihm entwickeln soll, grundsätzlich nicht verschieden. Dieses Moment der Konzeption mit den erwähnten, von den Stoikern anerkannten Wirkungen ist nur dem Menschen und den Tieren höherer Ordnung eigentümlich. Bei keiner anderen Substanz vollzieht sich der Zuwachs in ähnlicher konkret fafsbarer Weise. Die selbständige ἕξις oder φύσις der übrigen Dinge setzt körperliche Trennung von der Muttersache voraus, der Zeitpunkt des Beginnens einer eigenen Keimbildung kann hier niemals festgestellt werden.[929] Diese Beobachtung der Philosophen ist den Juristen bei der Ausgestaltung ihrer substantiellen Fruchtlehre nicht entgangen, daher auch ihrerseits die eingehende Berücksichtigung der Konzeption und die besondere Behandlung des Sklavenkindes und Tierjungen im Verhältnis zur Muttersache.

Kraft jener konkreten Beschaffenheit nimmt die φύσις der tierischen oder menschlichen Frucht noch im Mutterleibe Eigenschaften an, die ihr selbst im entwickelten Zustand der ψυχή erhalten bleiben. Der Dieb kann die Konzeption bewirken, und damit zugleich jener φύσις das vitium rei furtivae beilegen; er kann die φύσις im Schofse der Muttersache entführen, auch dann war sie in und mit der letzteren Gegenstand des Delikts — der „Wegtragung“ ablatio.[930] Die so erzeugte Furtivität bleibt jetzt ein ständiger Mangel des partus, selbst wenn infolge der Geburt sich seine φύσις zur ψυχή ausgestalten sollte.

Erfolgte umgekehrt die Konzeption beim Besitzer im guten Glauben, so geht durch diesen Akt eine Neuschöpfung unter solchen Verhältnissen vor sich, dafs sie die Furtivität der Muttersache nicht zu teilen braucht. Die ersten Anfänge

der *φύσις* sind frei von jeder contrectatio fraudulosa, das einzige, was an ihr bemängelt werden könnte, ist nur die Qualität des Fruchtbodens, auf welchem sie ihre Entwickelung begann.

Also gerade das Gegenteil von dem, was Scaevola über die Motive der herrschenden Meinung sagt, ist richtig. Der partus separatus wird unter gewissen Umständen von der Furtivität der Muttersache nicht deshalb betroffen, weil er ihren Bestandteil bildet, sondern weil er, ganz abgesehen von der durch die Trennung erlangten endgültigen Selbständigkeit, bereits im Mutterleibe eine eigene *φύσις* besafs, weil sein durch die Konzeption geschaffener Keim als etwas separiert Existentes bestimmte Eigenschaften annehmen konnte.

Die Furtivität ist eine Eigenschaft, welche das Objekt infolge eines widerrechtlichen Eingriffes — contrectatio — annimmt. Es wird hier ein Wegtragen, Berühren, kein Besitzerwerb im technischen Sinne vorausgesetzt. Diese Vorgänge sind möglich, auch bevor noch der Gegenstand zu seiner abgeschlossenen Individualität gelangte. Anders verhält es sich mit dem juristischen Besitz. Das corpus possessionis erfordert eine konkrete Abgrenzung, die Sache mufs abgesondert werden können, damit sie der unmittelbaren physischen Gewalt des Subjekts unterliege. Eine solche Herrschaft ist natürlich in Bezug auf den partus in utero undenkbar. Die klassischen Rechtslehrer haben deshalb die Feststellung der bonae oder malae fidei possessio nicht auf die Konzeption, sondern auf den Zeitpunkt nach der Geburt bezogen. Mala fides superveniens schadet dem gutgläubigen Besitzer hinsichtlich der Frucht nur dann nicht, wenn er von der Furtivität der Muttersache nach völliger Abtrennung des partus Kenntnis erhielt. Die Geburt, nicht die Konzeption bildet das

initium possessionis, nur wer in diesem Moment den guten Glauben hatte, kann ersitzen; die bona fides zur Zeit der Keimbildung sichert den Ausgang der Verjährung in keiner Weise. Immerhin ist es von Interesse, dafs die römischen Juristen auch in diesem Zusammenhang die Konzeption und die Geburt als wichtige Entwickelungsstufen erwähnen und nebeneinander stellen:

L. 33. pr. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3. Julianus libro quadragensimo quarto digestorum: ... nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem ejus ignorabat. Vergl. L. 4. pr. Dig. pro suo. 41. 10.

Es ist sehr möglich, dafs unsere aus metaphysischen Anschauungen abgeleitete Darstellung der Streitfrage von der Furtivität der menschlichen und tierischen Leibesfrucht auf Widersprüche und Einwände stofsen wird, jedenfalls stützen wir uns auf unzweifelhafte philosophische Lehren, die anerkanntermafsen weite Verbreitung erlangten und grofse Autorität besafsen. Dafs es sich hierbei um eine komplizierte wissenschaftliche Frage, nicht um instinktiv-praktische Erwägungen handelte, beweist der doktrinäre Charakter jener Polemik unter den klassischen Juristen, welcher in den Digestenfragmenten leicht zu erkennen ist.

Ohne eine klare Vorstellung von dieser metaphysischen Basis ist es kaum möglich, sich in der Streitfrage zu orientieren, und die neue Litteratur hat sich deshalb steuerlos innerhalb der von den Alten behandelten Kontroversen hin- und herbewegt. Vieles mag uns heute in diesen Ansichten fremdartig erscheinen, trotzdem ist es doch sehr

zweifelhaft, ob dasjenige Licht, welches die neuesten Schriftsteller über die Frage verbreiten wollen, den modernen Verhältnissen näher steht, unseren Begriffen und Vorstellungen besser entspricht, als die Metaphysik der Stoiker und der römischen Juristen.

Göppert hat in seinen „organischen Erzeugnissen“[931] die Frage von der Furtivität des partus sehr eingehend behandelt und eigentlich, wenn wir ihn recht verstehen, die von Scaevola gerügte Teillehre aufgenommen. „Die ältere Theorie von dem Übergang des Vitiums“, meint er, „ist entschieden nur erklärlich aus der Ansicht, dafs der partus keine neue Sache sei.“ Dieselbe Auffassung schreibt Göppert aber auch den späteren römischen Juristen zu, denn es sei nicht nachgewiesen, dafs „in der römischen Jurisprudenz jemals ein Wechsel in der allgemeinen Auffassung des Verhältnisses zwischen Muttersache und Produkt stattgefunden habe“. Von Göpperts Teilbestimmung kann es aber doch nur einen Schlufs geben, auf welchen Scaevola auch thatsächlich hinweist, dafs es nämlich keinen Unterschied mache, ob die Trennung der Frucht von der furtiven Muttersache beim bonae oder malae fidei possessor erfolgte. Wir dürfen noch hinzufügen, was Scaevola vielleicht implicite hat sagen wollen, dafs es überdies auch gleichgültig ist, wo die Konzeption stattfand. Wenn wir aber an ein solches unsichtbares Band zwischen Frucht und Muttersache auch nach der Trennung glauben, so liegt schliefslich kein Grund vor, die Einwirkung der Furtivität nur auf den fetus oder partus zu beschränken. Sie ist auf alle furtiven Substanzen, welche kraft ihrer Produktion Teile absondern, auszudehnen, denn was von einem gewissen Körper als sein organischer Zuwachs genommen wurde, teilt hiernach auch später noch alle seine Eigenschaften und Mängel. Gleich-

gültig ist es dann, ob die Separation beim Diebe oder beim gutgläubigen Besitzer erfolgte. In der That hat Göppert es versucht, diesen scheinbar einheitlichen Standpunkt trotz der unzweifelhaften Widersprüche der Quellen durchzuführen. Nach einem sehr gewundenen und kaum verständlichen Versuch, die voneinander abweichenden Urteile der klassischen Rechtslehrer zu vereinigen, gelangt er zum Schlufs, die Lehre „von der Furtivität der Erzeugnisse einer gestohlenen Sache könne nicht als Beweis dafür benutzt werden, dafs die Erzeugnisse neue Sachen sind. Sie stehe auch in ihrer jüngeren Gestalt mit der hier verteidigten Auffassung von der juristischen Identität der Frucht vor und nach der Separation nicht im Widerspruch.“[932] Das merkwürdigste bei dieser Darstellung ist, dafs Göppert die stoischen Lehren über die Natur der Konzeption keineswegs entgangen sind. Obgleich er von manchem Hinweise Kenntnis hatte, so fehlte ihm doch die richtige Vorstellung vom gesamten System und seiner Einwirkung auf die Rechtswissenschaft dadurch verloren die einzelnen Bruchstücke in seiner Behandlung an Bedeutung. Die antiphilosophische Richtung Göpperts that hierbei noch das ihrige; es erschien ihm als ganz undenkbar, dafs die klassischen Juristen sich von metaphysischen Lehren sollten unmittelbar beeinflussen lassen. Entspricht aber im Gegensatz hierzu die mystische Theorie vom unsichtbaren Bande zwischen der separierten Frucht und der Muttersache in höherem Grade den sog. praktischen Bedürfnisse des Lebens? Wir möchten das entschieden bezweifeln. Jedenfalls hatten die Schlüsse der Alten den Vorzug, dass sie sich auf Weltanschauungen stützten, die ihre Zeit beherrschten und führten. Dagegen dürfte Göpperts Mystik heute schwerlich Zustimmung finden.

## § 32. Die rechtliche Bedeutung der natürlichen Fruchtlehre im allgemeinen.

Worin besteht der rechtliche Einflufs des natürlichen Fruchtbegriffes, auf welchen Rechtsgebieten haben die klassischen Juristen diese Kategorie verwertet? Letztere mufste zunächst, bei vollkommenster Wahrung der subjektiven Fruchtlehre, eine subsidiäre Wirkung dort äufsern, wo die Rechtsverhältnisse, welche der Fruchtgewinnung und Fruchtverteilung zu Grunde lagen, Zweifel zuliefsen oder einer Ergänzung bedurften. Beim Niefsbrauch kann trotz ausführlichster Vereinbarung die Frage nach dem konkreten Umfang der Kapitalsubstanz auftauchen; hier bieten die objektiven Normen vom stofflichen Zuwachs eine gewisse Handhabe behufs Feststellung des Umfanges der „salva substantia“. Ähnliche Zweifel sind möglich, wo die Restitution einer Mitgift gefordert wird. Es kann die Frage aufgeworfen werden, ob der Ehemann in seinem Niefsbrauch nicht zu weit gegangen ist; auch hier bieten unter Umständen die natürlichen Fruchtnormen einen sicheren Stützpunkt. Schenkungen unter Ehegatten sind insofern verboten, als sie die Substanz des Vermögens derjenigen Partei verkleinern, welche die liberale Zuwendung machte, oder die Gütersphäre des Beschenkten vergröfsern. Verboten ist ein „facultates deminuere, quid ex patrimonio deponere“, falls damit zugleich eine Vermehrung des Vermögens auf der anderen Seite herbeigeführt wird.[933] Deshalb ist z. B. die Schenkung behufs Wiederaufrichtung eines durch Feuer zerstörten Hauses gültig.[934] Es wird hier nichts zur Vermögenssubstanz des Beschenkten hinzugefügt, sondern etwas wieder hergestellt, was der Zufall vernichtete. Andererseits kann es vorkommen, dafs der Ehegatte längere Zeit hindurch eine ihm widerrechtlich geschenkte Sache besitzt und gebraucht. Die Restitution

jener Zuwendung erstreckt sich aber nur auf die ihm übergebene Substanz; den Zuwachs, welcher bei ihm hinzukam, darf er behalten, weil letzterer sich niemals in der Vermögenssphäre des Schenkers befunden hat. Besonders gerechtfertigt ist diese Entscheidung, wenn die Früchte ihre Entstehung der Mühe und Thätigkeit des Beschenkten verdankten.[935] Ebenso werden auch die Zinsen beurteilt, welche der Ehegatte mit einem ihm widerrechtlich geschenkten Kapital gewann; nur die Kapitalsubstanz hat er zurückzuerstatten, nach Analogie eines unverzinslichen Darlehns, welches der Schuldner seinerseits verzinsbar ausgeliehen hatte.[936] Der unentgeltliche Gebrauch von Gegenständen des Ehegatten ist keine verbotene Zuwendung; die Benutzung einer res non consumptibilis zerstört nicht ihre Substanz.[937] Offenbar mafs man in allen diesen Fällen der Frage vom Verhältnis des substanziellen Zuwachses zur Muttersache die gröfste praktische Bedeutung bei. Die Früchte erscheinen hier nicht als wirtschaftliche Nutzung, ihr Wesen beruht hier nicht auf dem Verhältnis der Person zu den ökonomischen Gütern, alles ist auf das Verhältnis des Zuwachses zur Muttersache, auf die Integrität der letzteren zurückzuführen.

### § 33. Der Fruchterwerb des bonae fidei possessor.

Eine grofse unmittelbare Einwirkung äufsert die Lehre vom substanziellen Zuwachs auf die Gestaltung der Eigentumsklage, bei der Festsetzung desjenigen, was der Beklagte dem Kläger zu restituieren hat. Die Bestimmungen des klassischen römischen Rechts über diese Pflicht sind nur dann zu verstehen, wenn man die Lehre von der Einheit, Gleichheit und dem Wachstum der Substanz im Auge behält. Alle Versuche für diesen Fall eine selbständige Fruchttheorie aufzustellen,

müssen auf unüberwindliche Widersprüche stofsen. Im engsten Zusammenhang mit jener Restitutionspflicht steht der Erwerb des Zuwachses durch den gutgläubigen Besitzer der Muttersache. Ueber diese Frage besitzen wir eine sehr umfassende, scharfsinnige Litteratur. Zahlreiche Vorschläge giebt es zur Lösung des Problems, wie der bonae fidei possessor an den Früchten ohne weiteres Rechte erwirbt, welche ihm in Bezug auf die Muttersache nicht zustehen. Gleichwohl sind wir gezwungen in diesem Zusammenhang uns jeder Polemik zu enthalten, da unsere eigene von allen bisherigen Anschauungen abweichende Darstellung dadurch verdunkelt und verwirrt würde. Wir dürfen diese Enthaltsamkeit hier um so eher üben, als die früheren Autoren sich bereits gegenseitig mit den überzeugendsten Gründen widerlegt haben, ohne indessen allseitige Nachfolge für die eigenen Lehren zu finden.[938]

Die Regel, wonach der bonae fidei possessor einer Sache ihre Früchte zum Eigentum erwirbt, hat sich ohne Zweifel an der Hand des Prozesses entwickelt.[939] Anders ist diese scheinbare Anomalie gar nicht zu verstehen. Sie erwuchs nicht von vornherein als materiellrechtliche Institution; sondern weil man kraft Prozefsrecht beim gutgläubigen Besitzer Befugnisse wahrnahm, die nur dem Eigentümer zustehen, hat man ihn nachträglich als dominus bezeichnet. Der durch Prozefsrecht geschaffene Zustand wurde späterhin durch materiellrechtliche Normen sanktioniert.

Sehen wir von der Ersitzung ab, wo anders als im Prozefs tritt uns der gutgläubige Besitzer entgegen, wo sonst haben wir Veranlassung seine speziellen Titel und seine subjektive Stellung zur Sache zu prüfen? Unabhängig von diesen Fällen giebt es keine bonae fidei possessio, welche als solche vom Leben und vom Recht berücksichtigt wird. Diesen Ver-

hältnissen entspricht die Entwickelung der römischen Lehrsätze über den Fruchterwerb des Besitzers im guten Glauben.

Wie schon in anderen Fragen, so beobachten wir auch hier einen allmählichen Ausgleich zwischen der starren Prozeſspraxis des alten Rechts und den freieren Grundsätzen der philosophierenden Rechtswissenschaft; auch hier trägt die neue Richtung den Sieg über die enge Routine früherer Epochen davon. Jedenfalls aber handelte es sich dabei nicht um jähe, unvermittelte Umwälzungen, sondern um eine Verschmelzung dessen, was der alten und neuen Auffassung gemeinsam war und um einen konsequenten Ausbau der durch jene Vereinigung geschaffenen Lage.

Gemeinsam ist dem alten und dem neuen Verfahren die Vindikation der Sache in dem Zustande, wie sie zur Zeit des Streitbeginnes vorlag. Diesen Zustand soll das petitum des Klägers berücksichtigen. Aber der Streit um das Recht kann sich längere Zeit hinziehen, deshalb faſste man schon frühzeitig die Regelung des interimistischen Besitzes ins Auge. Das bezweckt vor allem die Stellung der sog. vindicien oder der praedes litis et vindiciarum von seiten des vorläufig anerkannten Besitzers. Sind die vindicien zu Unrecht gestellt, d. h. unterliegt der Besitzer im Prozeſs, so hat er den Schaden an den Früchten des Streitobjekts doppelt zu vergüten. Einem ähnlichen Vorgang begegnen wir bei den Interdikten. Auf Grund der fructuum licitatio wird der vorläufige Besitz während des Verfahrens demjenigen eingeräumt, welcher den höchsten Ersatz für die Früchte im Falle des Unterliegens bietet. Welche besonderen Ziele man bei dieser hohen Schätzung verfolgte, ist freilich jetzt nicht leicht zu ermitteln. Wir dürfen annehmen, daſs man die Bestrafung desjenigen beabsichtigte, der ohne rechtliche Basis prozessierte; damit im

Zusammenhang stand das Bestreben frivolen Streitigkeiten entgegenzuwirken, im Hinblick auf die möglicherweise sehr bedeutenden Opfer sollten sich die Parteien die Sache zuvor reiflich überlegen. Aber es ist keineswegs undenkbar, dafs man überdies bei jener Fruchtschätzung eine Pauschalvergütung des geschädigten Eigentümers erstrebte, einen Ersatz alles dessen, was ihm mit der Sache selbst entzogen war, nicht nur vom Moment der litis contestatio an, sondern auch vor derselben. Das ganze Verfahren ist ein markiges Wahrzeichen der einfachen, schneidigen Psychologie, welche überall im altcivilen Recht hervortritt. Für uns gilt es als wichtiger Beweis dessen, dafs man auf die Erträgnisse der Streitobjekte sehr frühzeitig Rücksicht nahm und sie unter allen Umständen dem Eigentümer zu sichern strebte, es ist daher sehr unwahrscheinlich, dafs man späterhin dem bonae fidei possessor auf Kosten des Eigentümers gewisse Zugeständnisse gemacht habe.

Der subjektive Charakter des Besitzes wird im älteren Verfahren jedenfalls nicht untersucht, es giebt nur einen besiegten oder siegenden Besitzer, sein guter oder böser Glaube kommt nicht in Frage.

Der Mangel jener Scheidung ist auch dem Formularprozefs eigentümlich, aber der Richter hat hier eine gröfsere Freiheit der Bewegung. An Stelle der radikalen Fruchtschätzung für den Fall der falschen vindicien, gewinnt die sog. omnis causa einen weiten Spielraum. Es gilt die Auffassung, der beklagte Besitzer müsse alles herausgeben, was er nicht gehabt hätte, wenn der Kläger sogleich im Moment der litis contestatio befriedigt worden wäre; denn das Recht des Eigentümers bestand schon damals, der Richter proklamiert es nur in seinem Urteil.

Die Vindikation geht zunächst auf die Sachsubstanz, wie sie im Stadium der Litiscontestation vorlag. Der Eigentümer behauptet, dafs eben dieses Objekt ihm gehöre, was an Sachteilen vor diesem Zeitpunkt durch den Besitzer veräufsert, verbraucht, vernichtet war, ist nicht Gegenstand der dinglichen Klage. Nehmen wir den Fall an, A. habe als unrechtmäfsiger Besitzer eines Hauses die Hälfte abgebrochen und das Material vor der litis contestatio verkauft oder zerstört, so gehört die so beseitigte Substanz nicht mehr zum Vindikationsobjekt. Der widerrechtliche Besitzer einer bestimmten Quantität fremden Weines hat die Hälfte davon vor dem Prozefsbeginn konsumiert, es bleibt nur der Rest Gegenstand der dinglichen Klage. Wie die Sachteile wird auch der substanzielle Zuwachs behandelt. Was das streitige Objekt produzierte, gehörte zu seiner Substanz, solange keine Separation eingetreten war; der körperlichen Verbindung steht gleich die Vereinigung durch den animus domini, durch das consilium des Besitzers. Der physisch und kraft jenes consilium abgesonderte, veräufserte oder zerstörte Zuwachs kann dagegen nicht vindiziert werden, wenn die Trennung und Vernichtung vor der litis contestatio erfolgte. In diesem Moment ändert sich die Lage. Der Beklagte darf keine Bestandteile vom Streitobjekt entfernen, er darf auch den Zuwachs nicht mehr veräufsern oder vernichten. Zwar verlangt der Formularprozefs keine vindicien, keine Sicherung durch Bürgen, keinen doppelten Fruchtersatz, aber die Bestimmung der sog. omnis causa bringt kraft des strengen Substanzialprinzips die Vereinigung des Streitobjektes mit seinen Bestandteilen und dem Zuwachs zu einer abgerundeten Vindikationsmasse mit sich. Alle Stücke sind hier einander gleich. Der beklagte Besitzer darf aus den streitigen Bergwerken oder Steinbrüchen nichts

mehr entfernen und veräufsern, in gleicher Weise ist es ihm aber untersagt das streitige Haus abzubrechen und so gewonnenes Baumaterial nach Belieben zu verwenden. Baum- und Pflanzenfrüchte, die sich ohne jedes Zuthun von der Hauptsache trennten, mufs er aufbewahren, er ist aber auch verpflichtet die Balken und Steine eines ohne seine Schuld eingestürzten Gebäudes aufzuheben, damit alle diese Substanzteile ordnungsmäfsig nach Abschlufs des Prozesses an den Eigentümer gelangen. Jede physische Trennung ist von nun an bedeutungslos, die Separierung durch den animus domini gilt als suspendiert, denn das Wesen des Prozesses besteht gerade darin, dafs die Frage nach dem wahren dominus untersucht werden soll und dafs es einstweilen weder ein ausdrücklich noch ein stillschweigend anerkanntes consilium domini giebt. Diese Suspension tritt am nachdrücklichsten im Falle der Sequestration zu Tage; hier soll auch der äufsere physische Zustand des Streitobjekts jener rechtlichen Wirkung des Prozefsbeginnes entsprechen.[940] Fährt also der beklagte Besitzer ungeachtet jener Änderung in der Sachlage fort, sich als dominus zu gerieren, seine mens domini wirken zu lassen, so thut er es auf seine eigene Gefahr hin, einstweilen ohne jede rechtliche Grundlage; es kann freilich geschehen, dafs die richterliche Entscheidung sein Verhalten nachträglich sanktioniert, aber es ist ebenso möglich, dafs alle seine Verfügungen nur vom klägerischen Interesse aus beurteilt und als rechtswidrige Usurpation angesehen werden.

Ist es hierbei gestattet auch auf die Zeit vor dem Prozefsbeginn zurückzugreifen? Da die litis contestatio mit einem Schlage die Stellung der Sache ändert und den animus domini suspendiert, so erstarrt das Streitobjekt gewissermafsen in dem Zustande, in welchem es sich gerade zur Zeit befand. Der

Sachbegriff kann von nun an keine Änderung mehr erfahren; Bestandteile, welche zwar physisch abgetrennt waren, ohne indessen vom animus domini auch begrifflich separiert zu sein, bewahren jetzt ihre Teilqualität, da das consilium des Beklagten auf sie nicht mehr einwirken darf: Das neben dem Fundament aufgeschichtete Baumaterial eines zerstörten Hauses bleibt jedenfalls Bestandteil. Man fragt gar nicht mehr danach, qua mente der Besitzer es aus dem Gebäude entfernt hat, um es wieder zusammenzufügen oder um es endgültig fort zu schaffen. Hatte der Beklagte letzteres im Auge, so bleibt sein consilium auf halbem Wege stehen, es wird durch die litis contestatio negiert, gehemmt und kann keine weitere Wirkung mehr äufsern.

Genau so verhält es sich mit dem separierten, aber beim Beklagten noch vorhandenen Zuwachs der Substanz, den sog. fructus exstantes. Durch die litis contestatio erlöscht auch über sie mit einem Schlage jede Verfügung, denn der animus domini hatte noch keine Gelegenheit gefunden, sie aus dem ideellen Verbande mit der Muttersache zu lösen und zu selbstständigen Objekten zu machen. Diese Haftung des Beklagten für die fructus exstantes ist ein notwendiges Ergebnis der natürlichen Fruchtlehre und nimmermehr eine spätere Neuerung der kaiserlichen Gesetzgebung.[941] Die Restitutionspflicht bildet keine Ausnahme vom Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers, sein Eigentum hat im positiven Recht keine unmittelbare Grundlage; das Problem ist ein prozessuales: die fructus consumpti können nicht mehr vindiziert werden, während bei den fructus exstantes diese Möglichkeit vorliegt.[942]

Bis zur litis contestatio hatte also der animus domini des Beklagten ohne Hemmnis von aufsen her, konkurrenzlos geschaltet; es gab kein zweites consilium, welches über das

Streitobjekt damals verfügen durfte, denn der Kläger war mit seinem Anspruch noch nicht hervorgetreten. Während jenes Zeitraumes konnte sich die Trennung der Bestandteile und Früchte in verschiedener Weise vollziehen. Wie wir wissen war die physische Separation an sich noch nicht maſsgebend, sie löste nicht das wesentliche, ideelle Band, die Entscheidung lag bei der mens domini. Von dieser hing es ab die Teile oder Früchte zu vernichten, sie in eine solche nova species umzugestalten, die sich nicht mehr zum früheren Stoff zurückführen lieſs; sie allein konnte jene Dinge von der Hauptsache abtrennen und in andere Hände veräuſsern. In den beiden ersten Fällen der Zerstörung und Spezifikation ist natürlich jede spätere Vindikation ausgeschlossen. Wie verhält es sich aber mit den veräuſserten Gegenständen? Man hat sich gewundert, daſs die Quellen dieser Frage mit keinem Wort Erwähnung thun. Neuerdings ist die Vermutung ausgesprochen worden, das älteste Recht habe die schonungslose Vindikation der veräuſserten Bestandteile und Früchte vom dritten Erwerber anerkannt. Dieser Standpunkt sei erst später dem verfeinerten Verständnis für die Bedürfnisse des Verkehrs gewichen;[943] in Wahrheit hat er niemals gegolten. Nach den Regeln des alten Prozesses waren alle Verfügungen über die Früchte, welche der litis contestatio vorausgingen, durch den doppelten Fruchtersatz für den Fall der falschen vindicien in Pausch und Bogen erledigt. Der späteren philosophierenden Jurisprudenz galt die Idee der Sache als maſsgebend, und was sie war, stellte konkret die mens domini dar. Letztere ist nicht der ausdrücklich vom Recht sanktionierte Eigentümerwille, sie ist eine ideelle schöpferische und zerstörende Potenz. Nur ein animus kann in Bezug auf die Sache wirksam sein, nur einer darf sie begrenzen, verändern, vernichten. Die

Trennung und Veräufserung von Bestandteilen und dem Substanzzuwachs galt als bester und deutlichster Ausdruck jenes consilium, und war das Rechtsgeschäft zu einer Zeit vollzogen als der animus des Beklagten noch absolut und einwandsfrei über dem Streitobjekt schaltete, so wurden Teile und Früchte dadurch endgültig abgelöst und zu anderen, d. h. selbständigen Sachen umgestaltet. Sie waren in diesem Falle ebensowenig vindizierbar, wie vernichtete oder spezifizierte Gegenstände. Die Gleichstellung der Bestandteile und des Zuwachses in der Vindikation findet ihre Bestätigung auch darin, dafs die Quellen nur vom bonae fidei possessor reden, nicht aber von demjenigen, welcher sich ein blofses Nutzungsrecht an der Sache zuschreibt. Das mag uns jetzt als eine Lücke erscheinen, das System der Alten konnte sich auf diese Frage nicht erstrecken.[944]

Diese Thatsachen, welche sich im Prozefs zu erkennen geben, werden von der Jurisprudenz bestimmt und vom Standpunkt des materiellen Rechts aus charakterisiert. Das geschieht in sehr verschiedener Weise und mit den mannigfachsten Ausdrücken, überall aber sind die Folgen des Eigentums anerkannt und in den einzelnen Richtungen durchgeführt.[945] Die einheitliche technische Bezeichnung fehlt; mit gutem Grund, denn das Verhältnis des Beklagten zu den Früchten des Streitobjekts hängt ab vom Eintritt der litis contestatio und ihren Wirkungen. Der allgemeinste Ausdruck „fructus suos facere“[946] klingt an das „meum esse“ der Vindikationsformel an, weil der bonae fidei possessor nicht von vornherein materielles Eigentum erwirbt, sondern nur die Freiheit von der Vindikation — dominus agere non potest.[947] Solange der Eigentümer der Muttersache nicht mit seinem Anspruch hervortritt, steht dem Besitzer „in percipiendis fructibus“ dasselbe

Recht zu wie dem Proprietar.[948] In jenem Zeitraum hatte er weitergehende Befugnisse wie jeder dinglich Berechtigte z. B. der Niefsbraucher, denn sein animus domini ist absolut und weifs nichts von einem besseren Recht. Aber obgleich es heifst „fructus statim ejus fiunt“,[949] so kann seine Herrschaft unter Umständen doch nur eine interimistische sein — fructus interim suos facit —,[950] denn hat er den substanziellen Zuwachs zwar physisch abgelöst, aber noch nichts gethan um das Band, welches das consilium domini um die Muttersache und die Frucht schlang, zu zerstören, so bleibt vom Augenblik der litis contestatio an die Separation wirkungslos, sie war eine blofs körperliche, keine ideelle.

Von der vollständigen, d. h. nicht nur physisch, sondern auch begrifflich durchgeführten Separation kann man allerdings sagen, dafs sie einen endgültigen Zustand herbeiführe und den bonae fidei possessor von jeder Restitutionspflicht befreie. Dieses Moment der absoluten Scheidung des Zuwachses von der Muttersubstanz wird an anderen Stellen noch kräftiger durch den Ausdruck „perceptio, percipere“ bezeichnet.[951] Um eine technische Terminologie handelt es sich aber in keinem dieser Fälle, schon aus dem einfachen Grunde nicht, weil z. B. die Separation je nachdem sie corpore und animo vorgenommen wurde oder blofs corpore im Augenblick der litis contestatio eine verschiedene Wirkung äufsern kann.

Im obigen haben wir das Verhältnis des Besitzers schlechthin zum Substanzzuwachs geschildert, nun geht aber das Prozefsrecht dem malae fidei possessor oder, wie man ihn anfangs nannte, dem praedo schärfer zu Leibe. In seinen natürlichen oder begrifflichen Beziehungen zum Streitobjekt läfst sich allerdings nichts ändern. Was er über die Sache bis zur litis contestatio verfügte, ging kraft seiner mens domini vor sich,

welche trotz ihrer subjektiven Mängel im fraglichen Zeitraum dennoch absolut und konkurrenzlos schaltete. Es giebt daher in Bezug auf vernichtete oder veräufserte Sachteile und Früchte keine dingliche Klage weder gegen den praedo selbst, noch gegen dritte Personen, aber der Besitzer im bösen Glauben haftet obligatorisch wegen gesetzwidriger Handlungen und ungerechtfertigter Bereicherung.[952] Vom objektiv-dinglichen Standpunkt aus hat jeder absolute animus domini auf die Sache, ihre Bestandteile und ihren Zuwachs die gleiche Wirkung. Er kann als ideelle Potenz ohne Rücksicht auf seinen guten oder bösen Glauben den Gegenstand begrifflich zerstören, umgestalten, zerstückeln, genau so wie jeder physische Eingriff des Besitzers die Sache körperlich beeinflufst. Der Unterschied zwischen der Lage des malae oder bonae fidei possessor besteht aber darin, dafs sich gegen letzteren keinerlei persönliche Haftung konstruieren läfst, während der anerkannte Eigentümer dem praedo mit der condictio im allgemeinen alles abfordern kann, was er haben würde, wenn jener böswillige Eingriff in seine Rechte überhaupt nicht stattgefunden hätte.

Es wird von niemandem bestritten, dafs die obligatorische Haftpflicht für bezogene und versäumte Früchte den Unterschied zwischen der Verantwortung des Besitzers im guten Glauben von derjenigen des arglistigen Beklagten bilde und dafs beiden mit der rei vindicatio in diesem Punkte nicht beizukommen sei. Trotzdem finden sich in den Quellen Hinweise, wonach der bonae fidei possessor Nachsicht verdiene, weil er auf das Streitobjekt Arbeit und Pflege verwandt habe, dafs sein Eigentumstitel gewissermafsen durch ein ökonomisch nützliches Verhalten erworben sei. Es liegt auf der Hand, dafs der gute oder böse Glaube nichts mit dieser sog. „cura

et cultura“ zu thun hat, dafs ein bonae fidei possessor das Streitobjekt schnöde vernachlässigen kann, ohne im geringsten hierfür einzustehen und dafs umgekehrt die sorgsamste Pflege und Bearbeitung der Sache den praedo seiner besonderen Verantwortung nicht enthebt. Immerhin ist jener Hinweis der Quellen durchaus nicht ohne jedes Interesse. Man hat ihn oftmals für eine bedeutungslose Klausel erklärt, für eine „falsa demonstratio, quae non nocet“,[953] man hat ihn, wie alles Unklare und Unvollkommene in den Quellen, Justinians Kompilatoren zugeschrieben. Trotz der Gleichgültigkeit, mit welcher die römische Jurisprudenz das Arbeitsprinzip im allgemeinen behandelt, kann jene viel bestrittene Phrase von der cultura et cura dennoch möglicherweise auch von einem klassischen Rechtslehrer herrühren. Es galt bei der Regelung der Frage nach dem substanziellen Zuwachs eine prozessuale Wirkung materiellrechtlich zu formulieren und womöglich zu begründen, da mochten selbst den schärfsten Köpfen unter den Klassikern gelegentlich auch solche ganz allgemeine Rücksichten in den Sinn kommen, als generelle Erwägung, welche mit ihrem System eigentlich nichts gemein hatte. Über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor haben auch die modernen Juristen die mannigfachsten Vermutungen ausgesprochen, indem sie hartnäckig daran festhielten, dafs es sich hier um einen materiellrechtlichen Erwerbstitel handele. In all’ diesen Lehren haben von jeher volkswirtschaftliche Erwägungen eine hervorragende Rolle gespielt und wohl auch die Gesetzgebungen beeinflufst. Weshalb sollen unter den gleichen Verhältnissen ähnliche Gedanken nicht auch gelegentlich den klassischen Rechtslehrern durch den Kopf gegangen sein? Die Theorie Petražyckis z. B. ist die nachträgliche Verteidigung eines von den römischen Juristen angeblich instinktiv gefundenen Er-

gebnisses höchster ökonomischer Einsicht. Die antiken Denker seien nur „ein halbbewufstes Werkzeug der Volksbedürfnisse“[954] gewesen. Unsere Aufgabe bestehe darin, dasjenige bewufst durchzuführen, was sie „instinktiv, durch ihren praktischen Takt geleitet, erreicht haben“. Petražyckis Rechtfertigung der römischen Lehre vom Fruchterwerb des bonae fidei possessor mag sehr stichhaltig und ökonomisch wie ethisch gut begründet sein, sie ist aber eigentlich nur ein Beweis dafür, dafs mit grofser Geistesenergie durchgeführte und konsequent durchdachte Ideen oft den verschiedenartigsten Ansprüchen genügen, sich von mehrfachen Gesichtspunkten aus als lebensfähig erweisen. Diesem Ideengang der Alten ist er aber nicht gerecht geworden und der Tastsinn, welchen er ihnen zuschreibt, steht in einem allzu grellen Widerspruch zur Kraft ihres philosophischen Geistes.

---

Wie wir gesehen haben, sind die klassischen Juristen niemals vom materiellrechtlichen Eigentumstitel des bonae fidei possessor an den Früchten ausgegangen. Nie sind sie der Meinung gewesen, dafs der gutgläubige Besitz ein Verhalten oder ein Zustand sei, welcher besondere Prämiierung verdiene. Indem sie sich die prozessuale Sachlage vergegenwärtigten, fügten sie sich gewissermafsen in das Unvermeidliche und räumten die Wirkungen des Eigentums nachträglich dort ein, wo streng genommen gar kein Rechtstitel darauf bestand.

Nach dem Muster des Code civil,[955] des österreichischen Privatrechts[956] und anderer ist auch das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom entgegengesetzten Stand-

punkt ausgegangen und hat im § 955 dem gutgläubigen Besitzer einen materiellrechtlichen Anspruch auf die von der Muttersache getrennten Früchte eingeräumt:

> Wer eine Sache im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum an den Erzeugnissen und sonstigen zu den Früchten der Sache gehörenden Bestandteilen, unbeschadet der Vorschriften der §§ 956, 957 (sc. über den Fruchterwerb des Eigentümers oder sonstigen Nutzungsberechtigten), mit der Trennung. Der Erwerb ist ausgeschlossen, wenn der Eigenbesitzer nicht zum Eigenbesitz oder ein anderer vermöge eines Rechtes an der Sache zum Fruchtbezuge berechtigt ist und der Eigenbesitzer bei dem Erwerb des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt.[957]

Das deutsche Gesetz schickt also den Fruchterwerb des bonae fidei possessor, welchen das römische Recht blofs nachträglich duldete und anerkannte, der ganzen Situation voraus, es nimmt die Miene an, als wolle es allem zuvor für den Eigenbesitzer Sorge tragen und die in gutem Glauben vorgenommene Separation des Zuwachses als Rechtstitel sanktionieren. Der römische Jurist rechnete mit der objektiven Sachlage, das deutsche Recht fafst den subjektiven Standpunkt des Besitzers ins Auge. Kann das gebilligt werden? Niemand nennt sich einen bonae fidei possessor, niemand ist sich eines solchen ausschliefslichen Titels bewufst, denn in demselben Augenblick, wo der Besitzer aufhört, sich für den Eigentümer oder allein Nutzungsberechtigten zu halten, verliert er auch seinen guten Glauben. Das fragliche Subjekt wird sich, wenn überhaupt, so doch immer erst nachträglich darüber klar, dafs er während einiger Zeit nichts mehr als ein bonae fidei possessor gewesen ist. Die objektive Klärung

dieses Verhältnisses erfolgt stets auf dem Boden des Rechtsstreites; es ist daher das allein richtige, die Frage nach dem Fruchterwerb mit dem Prozefs zu verbinden und nicht auf eine materiellrechtliche Grundlage zu stellen. Der Eigenbesitz in gutem Glauben ist kein Erwerbsgrund, er befreit nur mit Notwendigkeit von jeder Verantwortung für alle in der Zwischenzeit mit der fremden Sache vorgenommenen Handlungen. Mit dem Prozefsbeginn zerfliefst das bisherige Herrschaftsverhältnis in nichts und darf daher auch gar keine Wirkungen mehr äufsern. Gegenstand des Rechtsstreites ist alles, was im Beginn des Verfahrens beim Beklagten von der fraglichen Sache vorhanden ist, ihre Bestandteile, ihr Zuwachs, die Früchte. Hier hat sich das Bürgerliche Gesetzbuch durch den § 955 die Hände gebunden und sich in eine sehr prekäre Lage begeben, denn § 987—§ 993 sind gezwungen anzuerkennen, dafs der Besitzer im Rechtsstreit dem Eigentümer nur diejenigen Nutzungen herauszugeben hat, die er nach der Rechtshängigkeit zieht und dafs er im übrigen weder zur Erstattung von Nutzungen noch zum Schadensersatz verpflichtet sei. Aus diesen Bestimmungen ergiebt sich der Schlufs, dafs die fructus separati aber exstantes dem Beklagten unbestritten verbleiben. Die körperliche Trennung der Früchte von der Muttersache hat an sich noch gar keine rechtliche Bedeutung, solange nicht eine entsprechende Verfügung des animus domini hinzutritt, letzterer darf sich nach dem Prozefsbeginn nicht mehr äufsern und die rein physisch auseinandergenommenen Objekte sind alle zusammen im Interesse desjenigen aufzubewahren, den das Gericht als wahren Berechtigten anerkennen wird. Es hat doch offenbar keinen Sinn, die Ernte eines zur Hälfte abgemähten Feldes dem Beklagten zu überlassen und die andere ebenso reife, aber beim

Prozeſsbeginn noch nicht geschnittene Hälfte zum Streitobjekt zu schlagen. Man vergegenwärtige sich das Verhalten eines bisher gutgläubigen Eigenbesitzers, welcher nach dem Prozeſsbeginn unter den Augen des Klägers alles zusammenrafft, was an separierten Nutzungen auf dem streitigen Grundstück vorhanden ist. Konnte und wollte man seine vor der Eröffnung des Verfahrens bereits abgeschlossenen Verfügungen nicht mehr anfechten, so braucht man sich weitere Eingriffe doch nicht mehr gefallen zu lassen. Die rein thatsächliche Trennung der Früchte vollzieht sich oft durch Naturereignis ohne jedes Zuthun des Beklagten, er erhält also ein donum fortunae, wenn jenes Ereignis eintrat, vor dem die Stunde des Prozesses schlug. Petražycki hat sich die dankbare Aufgabe nicht entgehen lassen, das Ungereimte dieser Wirkung vom civilpolitischen und ethischen Standpunkt aus ins rechte Licht zu stellen; seiner gründlichen Argumentierung kann nicht widersprochen und braucht nichts hinzugefügt zu werden.[958] Vor allem aber ist hier arg verstümmeltes römisches Recht recipiert worden. Mochte eine gewisse Schuld die Zerfahrenheit unserer modernen Litteratur tragen, mochte sie die wahren Anschauungen der römischen Jurisprudenz in dieser Frage vielleicht mehr verhüllen als klarstellen, die Handlung, welche das Bürgerliche Gesetzbuch dem Eigenbesitzer gestattet, macht ihn in den Augen jedes anständig und billig denkenden Menschen zu einem „praedo“ und steht nicht im Einklang mit seinem früheren Verhalten.

Die notwendige Einheitlichkeit und Konsequenz wird im gesamten Verhältnis wieder hergestellt, wenn wir, wie die Alten, die Frage ganz auf den Boden des Prozeſsrechts hinüberleiten und anerkennen, daſs die physische Separation an sich keine Rechtsfolgen haben kann. Die Verantwortung

jedes Beklagten für fructus exstantes wäre daher in den §§ 987—993 als ein Ergebnis des Rechtsstreites zu regeln.

Die geltende Bestimmung des B. G. B. betrachten wir als eine Bedrohung des Eigentums. Dieses wichtigste aller Privatrechte soll sich mit gröfster Zähigkeit behaupten und nur Schritt für Schritt tiefbegründeten sozialen und staatlichen Bedürfnissen weichen. Nur im harten Kampf wird auch das Werdende erstarken. Auf solche Forderungen kann sich der gutgläubige Besitz nicht stützen. Falschen rechtshistorischen Konstruktionen zuliebe, sollten wir die Pfeiler unserer Rechtsordnung nicht gefährden und erschüttern.

---

# Anmerkungen.

1) Die Welt als Wille und Vorstellung. B. II. S. 360.

2) Man ist vielfach geneigt in dieser kodifikatorischen Thätigkeit den endgültigen Bruch mit der geschichtlichen Richtung zu erblicken, hat doch Savigny, der Begründer der neueren historischen Schule, die Gesetzgebung wenigstens für Deutschland perhorresciert; vergl. die interessant geschriebenen „Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft“, Leipzig 1901. Aber eine auf Geschichtsstudien gegründete Rechtsforschung und Rechtswissenschaft gab es noch lange vor Savignys machtvollem agitatorischen Schritt und ohne jede Stellungnahme zu kodifikatorischen Arbeiten. Wir erinnern vor allem an die elegante französische Schule des XVI. Jahrhunderts. Savigny hatte die Mängel seiner Zeit, besonders den tiefen Niedergang des geschichtlichen Geistes im Auge, welcher das vor ihm verflossene XVIII. Jahrhundert kennzeichnet. Ob er in richtiger Würdigung der bedeutenden Fortschritte des XIX. Jahrhunderts auf dem Gebiete der Geschichtskenntnis, namentlich aber im Hinblick auf die gereiften und gänzlich veränderten politischen Zustände Deutschlands, auch ferner bei seiner abwehrenden Haltung beharrt wäre, erscheint als sehr zweifelhaft. Wenn indessen die gesetzgeberischen Erfolge unserer Zeit zu einem guten Teil den gediegenen Vorarbeiten der historischen Schule zu danken sind, so wird eine völlige Emanzipation von ihr um so bedenklicher sein. Unter umsichtiger Entfernung ihrer „romantischen“ Auswüchse und Einseitigkeiten mufs sie trotzdem in der wissenschaftlichen Forschung und im Rechtsunterricht eine bedeutende Stellung behaupten.

3) In diesem Sinne vergl. statt anderer die Ausführungen von Pernice: Parerga VIII, IX.

4) Vergl. die Arbeit von Dankwardt: Nationalökonomisch-civilistische Studien, 1869, B. 2; namentlich Oertmann: Die Volkswirtschaftslehre des Corpus iuris civilis, 1891, von besonderem Interesse ist S. 71 ff.; Petrażycki: Die Lehre vom Einkommen, 1893, B. 2, aber auch: Die Fruchtverteilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten, 1892, von demselben; ferner Endemann: Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht in den Jahr-

büchern für Nationalökonomie und Statistik. Dritte Folge. B. XII (LXVII); Sulzer: Der Eigentumserwerb durch Spezifikation, 1884; siehe auch die Abhandlung von Friedmann: Die unkörperliche Sache, 1900.

5) Das war die Auffassung des Stoikers Chrysippus; Diogen. Laert. Vitae philosophorum VII. 157. *Κλεάνθης μὲν οὖν πάσας ἐπιδιαμένειν μέχρι τῆς ἐκπυρώσεως, Χρύσιππος δὲ τὰς τῶν σοφῶν μόνον.* Vergl. auch Zeller: Über Weise und Thoren bei den Stoikern. Die Philosophie der Griechen, Teil 3, Abteil. 1, S. 248 ff.

6) Vergl. namentlich Pernice: Labeo, B. I, S. 1 ff.; ferner Bremer: Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im röm. Kaiserreich, S. 10, 36 ff. Neuber: Die juristischen Klassiker, S. 79 ff. Bach: Historia Jurisprudentiae, S. 407. Borchert: Num Antistius Labeo Stoicae philosophiae fuerit addictus. Eck: De vita moribus et studiis M. A. Labeonis et A. Capitonis in Ölrichs thesaurus, 1 b, 840. Gravina: Orig. juris civilis, lib. I, p. 69 seqq. Baviera: Le due scuole dei Giureconsulti romani, p. 10 ff. läſst den Bildungsgang Labeos unbeachtet.

7) Usener: Ein altes Lehrgebäude der Philologie in den Sitzungsberichten der philos.-philol. und histor. Klasse der K. bayr. Akademie der Wissenschaften, 1893, S. 598 ff. 611 ff.

8) Vergl. hierüber namentlich Wallies: De fontibus topicorum Ciceronis. Inaug.-Dissert., Halae, 1878; ebenso Usener a. a. O. S. 637 ff.

9) Darüber gestattet nicht den geringsten Zweifel Cicero epist. ad famil. lib. VII, 19. Trebatio: „Itaque, ut primum Velia navigare coepi, institui Topica Aristotelea conscribere, ab ipsa urbe commonitus, amantissima tui. Eum librum tibi jam misi Rhegio, scriptum quam planissime res illa scribi potuit." etc.; ferner erbietet sich Cicero, dem Trebatius bei der Interpretation schwieriger Stellen behilflich zu sein.

10) Das ist schon Pernice aufgefallen cf. Labeo, B. I, S. 14. 31.

11) Gellius: Noctes Atticae XIII. 10.

12) L. 2. § 47 in fin. Dig. de origine juris. 1. 2. Nähere Ausführungen bei Pernice a. a. O. S. 22 ff.

13) Usener a. a. O. S. 586 ff.

14) Statt anderer Zeller a. a. O. Teil 2, Abteil. 2, S. 174 ff. u. 242 ff. Von besonderer Bedeutung ist hier gerade die von Cicero bearbeitete Topik; vergl. auch Wallies a. a. O. und Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 597, Anm. 7.

15) Vergl. Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 2, S. 849 ff.; ebenso Ranke: Weltgeschichte, B. 2, S. 485 ff.; siehe auch dessen treffliche Bemerkungen über die Wirkung jenes Ereignisses auf den Niedergang der christlichen Theologie.

16) De Conceptione Digestorum. 7.

17) Ad Africanum Tractatus V. L. 88. pr. Dig. ad legem Falcidiam. 35. 2; über die angeblich stoische Herkunft des terminus *ψευδόμενον*; ferner Observationum. lib. XI, cap. 37. Hiernach soll die bekannte Definition des

mutuum L. 2. § 2. Dig. de reb. cred. 12. 1, „quod de meo tuum fit“ eine stoische Wortinterpretation sein; als Gewährsmann wird Cicero angeführt: de officiis, lib. I, cap. 7. Dieselbe Frage behandelt Commentar. in Tit. 1, lib. XII. de reb. cred. Über die stoischen Interpretationen im allgemeinen vergl. Commentar. in Tit. 1, lib. I. Dig. de justit. et jure. Über ἡνωμένα als stoischen terminus Commentar. in Tit. 4, lib. X. Dig. ad exhib.

18) Emundi Merillii Opera, Neapoli, 1720, pars I. Observationum, lib. 1, cap. 1—28.

19) ibid. cap. 20.

20) ibid. cap. 21.

21) ibid. cap. 24. 25.

22) Everardi Ottonis de Stoica veterum Jurisconsultorum philosophia oratio, 1714. In demselben Sinn auch J. A. Ortloff: Über den Einfluſs der stoischen Philosophie auf die römische Jurisprudenz, 1797.

23) Christ. Friedr. Georg. Meisteri sellectorum opusculorum maxime ad jus civile ejusque historiam pertinentium sylloge, Goettingae, 1766, No. 10 de philosophia jurisconsultorum romanorum Stoica, in doctrina de corporibus eorumque partibus, 1756, p. 507 seqq.

24) Jani Vinc. Gravinae Opera omnia, Lipsiae, 1717, p. 45 seqq.

25) Heineccius: Commentarius academicus et forensis ad Vinnium, Lugdunum, 1777, ad § 25. Inst. de rer. div. 2. 1.

26) Eckhard: Hermeneutica juris, Leipzig 1802.

27) A. Veder: Historia philosophiae juris apud veteres, Lugduni Batavorum, 1832, de Aristotele, pag. 240 seqq. und de Stoicis, pag. 360 seqq.; siehe auch M. Ch. Giraud: Histoire du droit romain, Paris, 1835, cap. II, p. 180 seqq.

28) Laferrière: Memoires de l'académie des inscriptions, T. X, p. 561 seqq.; ähnlich auch Hildebrand: Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie, B. I, S. 593 ff.

29) a. a. O. S. 613 ff.

30) a. a. O. S. 631 ff.

31) Das jus naturale etc. der Römer, 1856, B. I, S. 81—208; siehe auch Luzzato im Archivio Giuridico v. 43, p. 297 seqq., 459 seqq.

32) Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, 1871. Göpperts frühere Arbeit: Über die organischen Erzeugnisse, 1869, streift zwar auch philosophische Probleme, indessen mit so antiphilosophischer Tendenz, daſs sie in unsere Kategorie nicht gehört.

33) Die sog. res communes omnium in der Festgabe für Heinrich Dernburg. 1900.

34) Materia e species im Bullettino dell' istituto di diritto romano, 1891, fasc. V, VI, S. 213 ff.

35) a. a. O. S. 220.

36) Vergl. auch den sehr anregenden Vortrag von Costa: La filosofia greca nella giurisprudenza romana, gehalten zu Parma, 1892.

37) Die Philosophie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwickelung, Leipzig, 1881.

38) Das Problem der Materie in der griechischen Philosophie, 1890.

39) Die Psychologie der Stoa, 1886.

40) Untersuchungen zur Philosophie der Griechen, Aufl. 2.

41) Aristoteles: De partibus animalium I, p. 640. b. 28. *ἡ γὰρ κατὰ τὴν μορφὴν φύσις κυριωτέρα τῆς ὑλικῆς φύσεως.* Diese Sentenz ist besonders klar und knapp. Näheres bei Zeller a. a. O. Teil 2, Abteil. 2, S. 359 ff.; vergl. auch Windelband: Die Geschichte der Philosophie, Aufl. 2, S. 112 ff.

42) Zeller a. a. O. Teil 2, Abteil. 2, S. 318 ff.

43) Zeller ibid. S. 326 ff.

44) Metaphysik VI. 10. p. 1035. b. 14 *ἐπεὶ δὲ ἡ τῶν ζῴων ψυχή (τοῦτο γὰρ οὐσία τοῦ ἐμψύχου) ἡ κατὰ τὸν λόγον οὐσία καὶ τὸ εἶδος καὶ τὸ τί ἦν εἶναι τῷ τοιῷδε σώματι.* Dazu vergl. Alex. Aphrodisiensis: In Aristotelis Metaphysica Commentaria, Ausg. v. Hayduck, p. 507, 24. *κατὰ τὴν ψυχὴν εἰδοποιεῖται τὰ ζῷα, καὶ αὕτη ἐστὶν ἡ κατὰ τὸν λόγον οὐσία καὶ τὸ εἶδος τῷ τοιῷδε σώματι.* Die Seele ist *εἶδος* und *οὐσία* des Individuums. *Οὐσία* ist hier also schon die indidivualisierte Substanz. cf. Alex. Aphrod. ibid. p. 519, 9: *ἰστέον δὴ ὅτι τὸ τί ἦν εἶναι καὶ τὸ εἶδος ταὐτόν ἐστι*; *εἶδος* und species sind identisch.

45) Bäumker a. a. O. S. 328 ff.

46) Simplicius: In phys. I, p. 227, 23. *τὸ ἄποιον σῶμα τὴν πρωτίστην ὕλην εἶναί φασι . . . οἱ Στωϊκοί*; ebenso Diogen. Laert. Vitae philosophorum VII. 150. *οὐσίαν δέ φασι τῶν ὄντων ἁπάντων τὴν πρώτην ὕλην, ὡς καὶ Χρύσιππος ἐν τῇ πρώτῃ τῶν φυσικῶν καὶ Ζήνων.*

47) Diogen. Laert. Vitae philosophorum VII. 150. *ὕλη δέ ἐστιν ἐξ ἧς ὁτιδηποτοῦν γίνεται. καλεῖται δὲ διχῶς, οὐσία τε καὶ ὕλη, ἥ τε τῶν πάντων καὶ ἡ τῶν ἐπὶ μέρους.* Es wird hiernach die Materie als Grundursache alles Seins von der *οὐσία* der Grundlage und dem Stoff der Einzelsache — *τὸ μέρος* — unterschieden. Vom Sachkörper aber heifst es weiter: *σῶμα δέ ἐστι κατ' αὐτοὺς ἡ οὐσία καὶ πεπερασμένη . . .* Der Körper — *σῶμα*, corpus — ist nichts anderes, als die begrenzte *οὐσία*. Vergl. auch Joannis Stobaei Eklog. II, 128. Ausg. Wachsmuth, vol. II, p. 73, wo der Ausdruck *ἕξις* von allen Eigenschaften gebraucht wird: *Ἐν ἕξει δὲ οὐ μόνας εἶναι τὰς ἀρετάς, ἀλλὰ καὶ τὰς τέχνας* etc. cf. Plutarch: De Stoicorum repugnant., c. 43. Das Weitere ist ausgeführt bei Trendelenburg: Geschichte der Kategorienlehre, 1846, S. 225 ff.; Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 97 ff. und Bäumker a. a. O. S. 352 ff.

48) Sehr charakteristisch drückt sich über das Verhältnis der materia und substantia zur Individualsache der Stoiker Ulpian aus: L. 9. § 3. Dig. ad exhibendum. 10. 4. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum: „Sed si quis rem deteriorem exhibuerit, aeque ad exhibendum eum teneri Sabinus

ait. sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata, veluti si ex scypho massa facta sit: quamquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur, nam mutata forma prope interemit substantiam rei". Trotz der Umgestaltung bliebe nach stoischer Auffassung die *οὐσία* bestehen. Indessen da hier eine arglistige Handlung im Spiel ist, so mag der Jurist die actio ad exhibendum nicht versagen; daher fingiert er den Untergang des Dinges, er trete „prope" gewissermaſsen, nahezu ein.

49) Über diese wichtige Frage siehe das Nähere unten S. 50 u. 94.

50) L. 12. Dig. de statu hominum. 1. 5. L. 3. § 12. Dig. de suis et legitimis. 38. 16.

51) Die Welträtsel. Gemeinverständliche Studien über monist. Philosophie, 1899, S. 8 ff.

52) Vergl. namentlich die strenge Verurteilung der Haeckelschen Methode von Paulsen in den Preuſs. Jahrbüchern, B. 101, S. 27 ff.

53) L. 10. § 2. Dig. de just. et jure. 1. 1.

54) Aristoteles: De partibus animalium II. 1, p. 646. a. 27. *οὐ γὰρ οἰκία πλίνθων ἕνεκέν ἐστι καὶ λίθων, ἀλλὰ ταῦτα τῆς οἰκίας.*

55) Zeller a. a. O. Teil 2, Abteil. 1, S. 646 ff. S. 653: „Der letzte Grund der Ideenlehre liegt in der Überzeugung, daſs nicht der widerspruchsvoll geteilten und sich verändernden Erscheinung, sondern nur dem Einen und sich gleichbleibenden Wesen der Dinge, nicht dem sinnlich vorgestellten, sondern nur dem begrifflich gedachten wahre Realität zukomme" etc. Bäumker a. a. O. S. 112 ff. Daselbst auch das wichtigste Quellenmaterial. Vergl. über das *ἐκμαγεῖον* die klaren Ausführungen Bäumkers a. a. O. S. 130 ff.

56) Gegen die Auffassung der Materie als Körpersubstrat spricht sich sehr entschieden aus Siebeck: Untersuchungen zur Philosophie der Griechen, Aufl. 2, S. 84 ff. Nach seiner Meinung ist die primäre Materie des Plato der Raum. Denselben Standpunkt scheint auch Bäumker einzunehmen a. a. O. S. 167 ff. 177 ff.

57) Vergl. Zeller a. a. O. Teil 2, Abteil. 1, S. 730, Anm. 2 und die dort angeführten Quellen.

58) a. a. O. S. 129.

59) So namentlich Teichmüller: Studien zur Geschichte der Begriffe, S. 329.

60) Statt anderer Zeller a. a. O. Teil 2, Abteil. 1, S. 719.

61) Bäumker a. a. O. S. 118 ff.

62) Über diese sog. „Aufnehmerin" siehe das Nähere bei Bäumker a. a. O. S. 131 ff.

63) Vergl. oben S. 23, 24.

64) Über die *κίνησις* vergl. Zeller a. a. O. Teil 2, Abteil. 2, S. 351, sowie Bäumker a. a. O. S. 226, daselbst auch die weitere Litteratur.

65) Ein ähnliches Beispiel finden wir bei Aristoteles: Physik III. 1, p. 209. a. 9. Vergl. damit de partibus animalium II. 1, p. 646. b. 3. *ὁ μὲν γὰρ τῆς οἰκοδομήσεως λόγος ἔχει τὸν τῆς οἰκίας, ὁ δὲ τῆς οἰκίας οὐκ ἔχει τὸν τῆς οἰκοδομήσεως*

66) Vergl. Metaphysik VI. 15, p. 1039. b. 20. *ἐπεὶ δ' ἡ οὐσία ἑτέρα τό τε σύνολον καὶ ὁ λόγος (λέγω δ' ὅτι ἡ μὲν οὕτως ἐστὶν οὐσία σὺν τῇ ὕλῃ συνειλημμένος ὁ λόγος, ἡ δ' ὁ λόγος ὅλως).* Hier wird der reine Begriff *λόγος ὅλος* dem mit der *ὕλη* verbundenen Begriff gegenübergestellt. Dann heifst es weiter: *ὅσαι μὲν οὖν οὕτω λέγονται, τούτων μὲν ἔστι φθορά· καὶ γὰρ γένεσις.* Der Begriff in Verbindung mit der *ὕλη* entsteht und vergeht. *τοῦ δὲ λόγου οὐκ ἔστιν οὕτως ὥστε φθείρεσθαι· οὐδὲ γὰρ γένεσις.* Der reine Begriff aber entsteht und vergeht nicht — *οὐ γὰρ γίγνεται τὸ οἰκίᾳ εἶναι ἀλλὰ τὸ τῇδε τῇ οἰκίᾳ* — nicht das Wesen des Hauses entsteht, sondern dieses konkrete Haus.

67) Auch Bäumker a. a. O. S. 271 ist der Ansicht, dafs die aristotelische Form — *εἶδος* — der platonischen „Idee" entspreche.

68) Vergl. über den Zweck namentlich Zeller a. a. O. Teil 2, Abteil. 2, S. 358 ff. und Bäumker a. a. O. S. 267 ff.

69) Vergl. epist. 65 (lib. VII. epist. 3). Dem Aristoteles werden vier, dem Plato gar fünf causae zugeschrieben, gleichwohl meint Seneca: „Haec, quae ab Aristotele et Platone ponitur, turba causarum aut nimium multa aut nimium pauca comprehendit."

70) Nach seinem in der vorhergehenden Anmerkung citierten Ausspruch fährt Seneca fort: „Sed nos nunc primam et generalem quaerimus causam. haec simplex esse debet. nam et materia simplex est. quaerimus, quae sit causa, ratio scilicet faciens, id est deus. ista enim, quaecumque retulistis, non sunt multae et singulae causae, sed ex una pendent, ex ea, quae faciet."

71) Seneca a. a. O. nennt die *ποιότης* einen Teil des *λόγος* oder der causa: „Formam dicis causam esse? hanc imponit artifex operi: pars causae est, non causa." Über die körperliche Bedeutung des *πνεῦμα* vergl. unten S. 59, 94. Über Gott als den spiritus der Welt siehe Seneca a. a. O.: „nempe universa ex materia et ex deo constant. deus ista temperat, quae circumfusa rectorem sequuntur et ducem." Ebenso Cicero: „De nat. deor. II. cap. 7. § 19: „Haec ita fieri omnibus inter se concinentibus mundi partibus profecto non possunt, nisi ea uno divino et continuato spiritu continerentur." Über die Gleichartigkeit des *λόγος* und der menschlichen *ψυχή* heifst es bei Seneca a. a. O.: „Quem in hoc mundo locum deus obtinet, hunc in homine animus. quod est illic materia, id in nobis corpus est." Über die *φύσις* bei den Pflanzen, die *ἕξις* bei den anorganischen Dingen vergl. Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 192. Daselbst auch über die Beziehung jener zusammenhaltenden Kräfte zu einander und zum Welt-*πνεῦμα*; Bäumker a. a. O. S. 354 ff.

72) Übrigens läfst sich vielleicht auch bei Plato die Weltseele oder wirkende Ursache als Substanz auffassen; im Timaeus 29. B. ist in diesem Sinne von einer *γεγενημένη οὐσία* die Rede. Vergl. über diese Frage Siebeck: Untersuchungen zur Philosophie der Griechen, S. 79.

73) Philonis opera vol. I. De officio mundi. 4. ed. Cohn, p. 5: *Τὸν δ' ἐκ τῶν ἰδεῶν συνεστῶτα κόσμον ἐν τόπῳ τινὶ λέγειν ἢ ὑπονοεῖν οὐ θεμιτόν· ᾗ δὲ συνέστηκεν, εἰσόμεθα παρακολουθήσαντες εἰκόνι τινὶ τῶν παρ' ἡμῖν. ἐπειδὰν πόλις κτίζηται κατὰ πολλὴν φιλοτιμίαν βασιλέως ἤ τινος ἡγεμόνος αὐτοκρατοῦς ἐξουσίας μεταποιουμένου καὶ ἅμα τὸ φρόνημα λαμπροῦ τὴν εὐτυχίαν συνεπικοσμοῦντος, παρελθὼν ἔστιν ὅτε τις τῶν ἀπὸ παιδείας ἀνὴρ ἀρχιτεκτονικὸς καὶ τὴν εὐκρασίαν καὶ εὐκαιρίαν τοῦ τόπου θεασάμενος διαγράφει πρῶτον ἐν ἑαυτῷ τὰ τῆς μελλούσης ἀποτελεῖσθαι πόλεως μέρη σχεδὸν ἅπαντα, ἱερὰ γυμνάσια πρυτανεῖα ἀγορὰς λιμένας νεωσοίκους στενωπούς, τειχῶν κατασκευάς, ἱδρύσεις οἰκιῶν καὶ δημοσίων ἄλλων οἰκοδομημάτων· εἶθ' ὥσπερ ἐν κηρῷ τῇ ἑαυτοῦ ψυχῇ τοὺς ἑκάστων δεξάμενος τύπους ἀγαλματοφορεῖ νοητὴν πόλιν, ἧς ἀνακινήσας τὰ εἴδωλα μνήμῃ τῇ συμφύτῳ καὶ τοὺς χαρακτῆρας ἔτι μᾶλλον ἐνσφραγισάμενος, οἷα δημιουργὸς ἀγαθός, ἀποβλέπων εἰς τὸ παράδειγμα τὴν ἐκ λίθων καὶ ξύλων ἄρχεται κατασκευάζειν, ἑκάστῃ τῶν ἀσωμάτων ἰδεῶν τὰς σωματικὰς ἐξομοιῶν οὐσίας. τὰ παραπλήσια δὴ καὶ περὶ θεοῦ δοξαστέον, ὡς ἄρα τὴν μεγαλόπολιν κτίζειν διανοηθεὶς ἐνενόησε πρότερον τοὺς τύπους αὐτῆς, ἐξ ὧν κόσμον νοητὸν συστησάμενος ἀπετέλει καὶ τὸν αἰσθητὸν παραδείγματι χρώμενος ἐκείνῳ. καθάπερ οὖν ἡ ἐν τῷ ἀρχιτεκτονικῷ προδιατυπωθεῖσα πόλις χώραν ἐκτὸς οὐκ εἶχεν, ἀλλ' ἐνεσφράγιστο τῇ τοῦ τεχνίτου ψυχῇ, τὸν αὐτὸν τρόπον οὐδ' ὁ ἐκ τῶν ἰδεῶν κόσμος ἄλλον ἂν ἔχοι τόπον ἢ τὸν θεῖον λόγον τὸν ταῦτα διακοσμήσαντα.* Ähnlich kennzeichnet auch Aristoteles den primären Charakter des Begriffes: Es verhalte sich Werden und Sein gerade umgekehrt zu einander, denn das im Werden Nachfolgende (d. h. der Begriff insofern er physisch ausgestaltet wird) ist der Natur nach das Erste und dasjenige, was demnach zuletzt entsteht, ist bereits zu allererst vorhanden. Denn das Haus (als Begriff) besteht nicht der Ziegeln und Steine wegen, sondern diese des Hauses (als Begriff) wegen — de partibus animalium II. 1, p. 646. a. 27. cit. Anm. 54.

74) L. 76. Dig. de judiciis 5. 1. Alfenus libro sexto digestorum: „neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus: . . . . itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nihilo minus eandem navem esse existimari. quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex ejus ratione nos ipsi non idem essemus qui abhinc anno fuissemus, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae cottidie ex nostro corpore decederent aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. quapropter cujus rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari". Den philosophischen

Inhalt dieser Stelle hat man schon früher beachtet, so z. B. Hugo Grotius: De jure belli et pacis II. 9, 2 f., p. 323 in Gronows Ausg. 1712. Vergl. auch Bernays: Gesammelte Abhandlungen, herausgeg. von Usener 1885, B. 1, S. 117.

75) Über Olympiodor, sein Leben und seine Schriften vergl. Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 2, S. 851 u. 852. Siehe daselbst das Nähere über die verschiedenen Philosophen dieses Namens.

76) In meteorolog. ed. Stüve p. 156, 18. *ἀλλὰ διαφέρει ἡ ὁλότης τοῦ μέρους κατὰ τὸ γενητὸν καὶ φθαρτόν, ἐπειδὴ ὅλη ὡς ὅλη ἡ θάλασσα διὰ πάνυ πολλοῦ χρόνου μεθίσταται καὶ ἀλλάσσεται, ὥσπερ πλοίου διὰ πολλοῦ χρόνου μεταβληθέντος εἰς ἕτερον τῷ καθ' ἕκαστον ἔτος ἀλλάσσεσθαι σανίδα, τὰ μέρη δὲ ταχέως μεταβάλλεται.* Einen ähnlichen Fall citiert nach Plato Hippolyt Philosophumenon prooemium, 19 bei Diels: Doxographi, p. 567. *ἣ δὲ σῶμά τε καὶ ἐκ πολλῶν ποιοτήτων καὶ ἰδεῶν συγκείμενον ὑποτίθεται, ταύτῃ καὶ γενητὸν καὶ φθαρτόν. τινὲς δὲ τῶν Πλατωνικῶν ἀμφότερα ἔμιξαν χρησάμενοι παραδείγματι τοιούτῳ· ὅτι ὥσπερ ἅμαξα δύναται ἀεὶ διαμένειν ἄφθαρτος κατὰ μέρος ἐπισκευαζομένη, κἂν τὰ μέρη φθείρηται ἑκάστοτε, αὐτὴ δὲ ὁλόκληρος ἀεὶ μένει· τοῦτον τὸν τρόπον καὶ ὁ κόσμος κατὰ μέρη μὲν ἀεὶ [καὶ] φθείρεται, ἐπισκευαζομένων (δὲ) καὶ ἀντανισουμένων τῶν ἀφαιρουμένων ἀΐδιος μένει.* Das ist derselbe Gedanke wie bei Olympiodor und Philo — siehe Anm. 73. Die Welt als Begriff wird ihren Teilen gegenübergestellt und die Dauer des Gesamtbegriffes mit dem steten Wechsel der Teile verglichen. Als weiteres Beispiel dient ein Wagen, welcher als Begriffsganzes fortbesteht, obschon seine einzelnen Teile sämtlich durch neue Stücke ersetzt wurden.

77) Das ist wenigstens die Ansicht von Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 2, S. 852, 853. Er nennt den Olympiodor zwar einen fruchtbaren Ausleger platonischer und aristotelischer Schriften; auf wissenschaftliche Selbständigkeit machten indessen seine Kommentare keinen Anspruch und von neuen Gedanken sei wohl kaum etwas darin zu finden.

78) z. B. in seiner Auffassung von der plantatio weiter unten S. 146. 147.

79) Plutarch: Vita Thesei, cap. 23 *τὸ δὲ πλοῖον ἐν ᾧ — — ἔπλευσε (Θησεὺς) καὶ πάλιν ἐσώθη — — — ἄχρι τῶν Δημητρίου τοῦ Φαληρέως χρόνων διεφύλαττον οἱ Ἀθηναῖοι, τὰ μὲν παλαιὰ τῶν ξύλων ὑφαιροῦντες, ἄλλα δὲ ἐμβάλλοντες ἰσχυρὰ καὶ συμπηγνύντες οὕτως, ὥστε καὶ τοῖς φιλοσόφοις εἰς τὸν αὐξόμενον λόγον ἀμφιδοξούμενον παράδειγμα τὸ πλοῖον εἶναι, τῶν μὲν ὡς τὸ αὐτὸ, τῶν δὲ ὡς οὐ τὸ αὐτὸ διαμένοι λεγόντων.* Also dieses historische Schiff ist schon deshalb von grofsem Interesse, weil die Philosophen mit ihm als Beispiel die Lehre vom „*αὐξόμενος λόγος*“ illustrieren. Vergl. über das „*Δηλιακὸν πλοῖον*“ Bernays a. a. O. S. 116.

80) Vergl. Diels: Doxographi, p. 567 cit. Anm. 76.

81) a. a. O. S. 117.

82) Bernays a. a. O. S. 116. Über Epicharmus vergl. Zeller a. a. O. Teil 1, Abteil. 1, S. 497 ff.

83) L. 10. § 7. Dig. quibus modis usus fruct. vel usus amittitur. 7. 4. Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum: „In navis quoque usufructu Sabinus scribit, si quidem per partes refecta sit, usum fructum non interire: si autem dissoluta sit, licet isdem tabulis nulla praeterea adjecta restaurata sit, usum fructum extinctum: quam sententiam puto veriorem. nam et si domus fuerit restituta, usus fructus extinguitur.“ Der Begriff kann trotz Wechsels der Teile fortbestehen und die Existenz des Rechtes ist an die Dauer des Begriffes der konkreten Sache geknüpft. Vergl. auch L. 10. § 1. Dig. eod. „Non tantum si aedes ad aream redactae sint, usus fructus extinguitur, verum etiam si demolitis aedibus testator alias novas restituerit: plane si per partes reficiat, licet omnis nova facta sit, aliud erit nobis dicendum.“ Trotz allmählicher und vollständiger Erneuerung aller Teile bleibt die Sache an sich dieselbe solange keine Auflösung sämtlicher Bestandteile auf einmal stattgefunden hat. Es ist dieses also genau derselbe Fall, den auch Olympiodor bespricht.

84) L. 61. Dig. de rei vind. 6. 1. Julianus libro sexto ex Minicio: „Minicius interrogatus, si quis navem suam aliena materia refecisset, num nihilo minus ejusdem navis maneret. respondit manere. sed si in aedificanda ea idem fecisset, non posse. *Julianus notat*: nam proprietas totius navis carinae causam sequitur“. Das ist zunächst ein wichtiger praktischer Hinweis, welcher, wie wir später sehen werden, im Prozeſs von Bedeutung sein konnte. Aber auch in anderer Hinsicht verdient die Meinung des Minicius Beachtung. Solange der Begriff des konkreten Schiffes erhalten blieb, hatte die Änderung einzelner Teile natürlich keinen Einfluſs und das zum Umbau verwandte Material ging in das Eigentum des dominus carinae über. Anders, wenn aus fremdem Baumaterial ein von Grund aus neues Schiff, eine begrifflich neue Sache hergestellt wurde. Hier traten die Regeln über die Entstehung der Dinge in Kraft, d. h. die nova species verblieb nach stoischer und sabinianischer Lehre dem Stoffeigentümer. Wir haben in diesem Fragment einen neuen Beweis dafür, daſs Minicius wirklich Sabinianer war. Vergl. darüber Carlowa: Römische Rechtsgeschichte, B. 1, S. 700. Welcher Teil bei Gebäuden als grundlegend galt, bestimmen die Quellen nicht so direkt. Wir dürfen sagen das Fundament, weil es das Haus mit dem Erdboden verbindet; vergl. übrigens Biermann: Superficies solo cedit in Iherings Jahrb., B. 34 (N. F. 22), S. 186 ff.

85) Den perpetuus usus betont Labeo auch in L. 242. § 4. Dig. de verb. sign. 50. 16. Javolenus libro secundo ex posterioribus Labeonis: „Straturam loci alicujus ex tabulis factis, quae aestate tollerentur et hieme ponerentur, aedium esse ait Labeo, quoniam perpetui usus paratae essent: neque ad rem pertinere, quod interim tollerentur.“ Vergl. L. 139. § 1. Dig. eod., ebenso L. 242. pr. Dig. eod., cit. unten Anm. 683. Diese Zweck-

bestimmung hebt auch schon Lenz hervor: Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen, S. 124 ff.

86) L. 12. § 25. Dig. de instruct. vel instrum. leg. 33. 7. Ulpianus libro vicesimo ad Sabinum: „Specularia quoque adfixa magis puto domus esse partem: nam et in emptione domus et specularia et pegmata cedere, sive in aedificio sunt posita sive ad tempus detracta.“ Papinian wird in L. 12. § 23. Dig. eod. in ähnlichem Sinne citiert. Pegasus dagegen will in L. 12. § 16. Dig. eod. die specularia nicht einmal als instrumenta gelten lassen: „itaque neque specularia neque vela, quae frigoris causa vel umbrae in domo sunt.“ Eine ähnliche Tendenz verfolgt L. 245. Dig. de verb. sign. 50. 16.

87) Siehe unten S. 120 ff.

88) Vergl. Diogen. Laert. Vitae philosophorum VII. 148. *οὐσίαν δὲ θεοῦ Ζήνων μέν φησι τὸν ὅλον κόσμον καὶ τὸν οὐρανόν, ὁμοίως δὲ καὶ Χρύσιππος ἐν τῷ πρώτῳ περὶ θεῶν καὶ Ποσειδώνιος ἐν πρώτῳ περὶ θεῶν.* Zeno, Chrysippus und Posidonius erblicken die Substanz Gottes im Weltall — Erde und Himmel.

89) De anima III. 12, p. 434. b. 12.

90) ibid. II. 11, p. 423. b. 26—27.

91) Aristoteles verlegt den Gefühlssinn in das Fleisch, von der Existenz der Nerven hat er noch keine Kenntnis; cf. de historia animalium I. 3, p. 489. a. 23—25. *ἡ μὲν οὖν ἁφὴ ἐν ὁμοιομερεῖ ἐγγίνεται μέρει, οἷον ἐν σαρκὶ ἢ τοιούτῳ τινί, καὶ ὅλως ἐν τοῖς αἱματικοῖς, ὅσα ἔχει αἷμα.*

92) De historia animalium IV. 8, p. 533. a. 17—18, ferner ibid. p. 535. a. 4—5. *τὸ δὲ τῇ ἁφῇ αἰσθάνεσθαι, ὅπερ καὶ πρότερον εἴρηται, πᾶσιν ὑπάρχει τοῖς ζῴοις.*

93) ibid. I. 3, p. 489. a. 17—18. Vergl. auch de partibus animalium II. 8, p. 653. b. 22—24. De somno II, p. 455. a. 7. *τὴν δ' ἁφὴν καὶ τὴν γεῦσιν ἅπαντ' ἔχει.* De sensu I, p. 436. b. 13—15. De anima II. 3, p. 414. b. 3, III. 12, p. 434. b. 23—24, p. 435. b. 2 seqq.

94) Vergl. damit in fast wörtlicher Übereinstimmung § 1. Inst. de rebus incorporalibus. II. 2: „Corporales eae sunt, quae sui natura tangi possunt“: etc.

95) Inst. II. 54: „olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno. ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est. et quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit“.

96) Plutarch: de comm. not. 30. 2, p. 1073. *ὄντα γὰρ μόνα τὰ σώματα καλοῦσιν, ἐπειδὴ ὄντος τὸ ποιεῖν τι καὶ πάσχειν.* Joannis Stobaei Eklog. 338, Ausg. Wachsmuth, vol. I, p. 139 *Ποσειδωνίου. Ποσειδώνιος δὲ οὕτως· αἴτιον*

*δ' ἐστί τινος, δι' ὃ ἐκεῖνο, ἢ τὸ πρῶτον ποιοῦν, ἢ τὸ ἀρχηγὸν ποιήσεως. καὶ τὸ μὲν αἴτιον ὂν καὶ σῶμα, οὗ δὲ αἴτιον οὔτε ὂν οὔτε σῶμα,* ... Vergl. auch Seneca: Epist. 117 (lib. XIX, epist. 8). „Placet nostris, quod bonum est, corpus esse, quia, quod bonum est, facit: quicquid facit, corpus est... sapientiam bonum esse dicunt: sequitur, ut necesse sit illam corporalem quoque dicere.“ Also der Begriff der Weisheit gilt als Körper. Ebenso Cicero: Academ. I. cap. 11, § 39: (Zeno) „nullo modo arbitrabatur quidquam effici posse ab ea (sc. natura), quae expers esset corporis ... nec vero aut quod efficeret aliquid aut quod efficeretur posse esse non corpus.“ Diogen. Laert. Vitae philosophorum VII. 150.

97) Diogen. Laert. loc. cit. VII. 56. *πᾶν γὰρ τὸ ποιοῦν σῶμά ἐστι, ποιεῖ δὲ ἡ φωνὴ προσιοῦσα τοῖς ἀκούουσιν ἀπὸ τῶν φωνούντων.* Derselbe Gedanke ist ausgesprochen bei Gellius: Noctes Atticae V. 15.

98) Vergl. namentlich Bäumker a. a. O. S. 335. Die Quellen brauchen den Ausdruck *ἀντιτυπία*. Bäumker übersetzt diese Bezeichnung gewiſs zutreffend mit „Widerstandsfähigkeit“, statt wie bisher „Undurchdringlichkeit“.

99) L. 3. pr. Dig. de obl. et act. 44. 7. Paulus libro secundo institutionum: „Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.“

100) Die sog. res communes omnium.

101) a. a. O. S. 12. 13.

102) a. a. O. S. 12.

103) Über die Kontinuität der Materie bei den Stoikern vergl. statt anderer Bäumker a. a. O. S. 340 ff. Vergl. über die Kontinuität der Welt auch Cicero: De nat. deor. II. cap. 7. § 19 cit. Anm. 71.

104) Sehr bestimmt charakterisiert dieses Verhältnis Diogen. Laert. loc. cit. VII. 150. *ὕλη δέ ἐστιν ἐξ ἧς ὁτιδηποτοῦν γίνεται .... σῶμα δέ ἐστι κατ' αὐτοὺς ἡ οὐσία καὶ πεπερασμένη* ... Zum Körper gehört also vor allem die Begrenztheit.

105) Natural. Quaest. lib. II. 2: „inter ea corpora, [a] quibus unitas est, aëra esse“. Weiter heiſst es dann: „Continuatio est partium inter se non intermissa conjunctio. unitas est sine commissura continuatio.“ Es wird hier besonders die Kontinuität des Elements betont im Gegensatz zum abgegrenzten Körper.

106) Im allgemeinen folgen die Stoiker in der Definition der Elemente dem Aristoteles, aber das Feuer nimmt nach ihrer Lehre vom *πνεῦμα* eine besondere Stellung ein. Vergl. darüber Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 182 ff.

107) Joannis Stobbaei Eklog. 312, Ausg. Wachsmuth, vol. I, p. 129. Die Fassung wird dem Chrysippus zugeschrieben; vergl. auch Diels: Doxographi, p. 458. Diogen. Laert. loc. cit. VII. 137; zunächst ist von den vier Elementen

die Rede, dann heifst es weiter: ἀνωτάτω μὲν οὖν εἶναι τὸ πῦρ, ὃ δὴ αἰθέρα καλεῖσθαι . . . Das Feuer oder der Äther wird auch hier als absolutes Element an die Spitze gestellt — ἀνωτάτω —; Cicero — Academ. I. cap. 11. § 39 — sagt von der Auffassung des Feuers bei den Stoikern: „Statuebant enim ignem esse ipsam naturam, quae quidque gigneret, et mentem atque sensus."

108) L. 6. pr. Dig. de divis. rer. 1. 8. Marcianus libro tertio institutionum. L. 30. § 4. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Pomponius libro trigensimo quarto ad Sabinum. L. 1. § 18. Dig. de oper. novi nuntiat. 39. 1.

109) L. 7. § 3. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Gajus libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum: „Insula quae in mari nascitur (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur."

110) Vergl. darüber Pernice a. a. O. S. 16.

111) Siehe oben Anm. 104.

112) Auch darüber das Nähere bei Pernice a. a. O. S. 17 ff.

113) a. a. O. S. 17. 18.

114) ibid. S. 20 ff.

115) So z. B. Neratius und Pomponius L. 14. 50. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1 und insbesondere Celsus L. 3. pr. Dig. ne quid in loco publico 43. 8: „Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror." Vergl. Pernice a. a. O. S. 21 ff.

116) De philosophia jurisconsultorum, p. 516, cit. Anm. 23. Göppert: Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen. Die Hauptstelle der Quellen ist L. 30. pr. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3.

117) Meister a. a. O. p. 517, Anm. b.

118) a. a. O. S. 49 ff. Trotzdem ist Göpperts Auffassung meist anerkannt, so von Wächter: Erörterungen 1, S. 17 ff.; Handbuch des Würtemb. Privatr., B. II, S. 235 ff. Brinz: Lehrbuch der Pandekten, § 130. § 144. N. 21—27. § 168. Pagenstecher: Die Lehre vom Eigentum, III, S. 71 ff. Regelsberger: Pandekten, B. I, S. 371. Unger in Iherings Jahrb., B. 12, S. 273 ff. Exner: Tradition, S. 215 ff. Dernburg: Pfandrecht, B. I, § 59, S. 452 ff. Randa: Eigentumsrecht, § 3, S. 29. Hölder: Pandekten, S. 135 ff. Wendt: Lehrbuch der Pandekten, § 33, S. 73 ff. Contardo Ferrini: Manuale di Pandette, p. 283, Not. 1. Kohler in Iherings Jahrb., B. 24, S. 291 ff. Förster: Preufs. Privatrecht, Aufl. 2, B. I, § 21, Not. 2. Arnold: Kultur und Recht der Römer, S. 195. Neuner: Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, S. 102. Für die Behandlung der universitas als Rechtsobjekt in engerem oder weiterem Sinn haben sich ausgesprochen aufser den Glossatoren und Postglossatoren insbes. Bartolus ad L. 1. § 3. Dig. de rei vind. noch Lauterbach: Colleg. theor. pract. XXVIII. 1. § 1. Struve: Syntagma exerc. XI. § 15. Glück: Commentar., B. 2, S. 506, B. 8, S. 35, B. 18, S. 227. Thibaut: Pandekten, Ausg. 9, § 154. Warnkönig im Archiv f. d. civ. Praxis, B. 11, S. 185. Sintenis: Das gemeine Civilrecht, B. I, S. 432 ff. Puchta: Pandekten, § 35, nennt die universitates „fingierte Sachen".

Arndts: Pandekten, § 48. Girtanner: Die Rechtsstellung der Sachen und der Eigentumsbegriff etc. in Iherings Jahrb., B. 3, S. 95 ff., S. 207 ff. Bekker: Pandekten, B. I, S. 296. Fuchs: Wesen der Dinglichkeit, S. 79. Till: Zur Lehre von der Gesamtsache in Grünhuts Zeitschrift, B. 12, S. 736 ff. legt das Hauptgewicht auf die Zweckbestimmung cf. auch S. 750 ff. Petražycki: Die Lehre vom Einkommen, B. 1, S. 119. Fadda: Nota al Windscheid Pandette, v. I, p. 445. Mit Einschränkungen Girard: Manuel, p. 245.

119) Über diesen Philosophen siehe Diels: Doxographi, p. 17. 18.

120) Der Kaiser Marc Aurel.

121) Göppert a. a. O. S. 50.

122) ibid. S. 49.

123) Über den *τόνος* oder tenor vergl. Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 119 ff. und Bäumker a. a. O. S. 349 ff. Daselbst auch das vollständige Quellenmaterial.

124) a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 131; ferner Stein: Die Psychologie der Stoa, B. I, S. 31, B. II, S. 129 und namentlich Bäumker a. a. O. S. 351.

125) Ps. Censorinus: Fragmenta, c. 1, Ausg. von Jahn, p. 75: „Initia rerum eadem elementa et principia dicuntur. ea Stoici credunt tenorem atque materiam. tenorem, qui rarescente materia a medio tendat ad summum. eadem concrescente rursus a summo referatur ad medium.“ Ebenso drückt sich aus Nemesius: de natura hom. c. 2, p. 29. *εἰ δὲ λέγοιεν, καθάπερ οἱ Στωϊκοὶ, τονικήν τινα εἶναι κίνησιν περὶ τὰ σώματα, εἰς τὸ ἔσω ἅμα καὶ εἰς τὸ ἔξω κινουμένην, καὶ τὴν μὲν εἰς τὸ ἔξω μεγεθῶν καὶ ποιοτήτων ἀποτελεστικὴν εἶναι, τὴν δὲ εἰς τὸ ἔσω ἑνώσεως καὶ οὐσίας.* (Über Ps. Censorinus und Nemesius vergl. Diels: Doxographi, p. 49 und Zeller: Register zur Geschichte der Philosophie.) Es handelt sich hier also um zwei Bewegungen, eine Verdünnung von innen nach aufsen und Verdichtung von aufsen nach innen. Von jener hängt die Körperlichkeit der Dinge ab, von dieser ihre Eigenschaften. Vergl. auch Simplicius: In Categorias Arist. 68. E. *οἱ δὲ Στωϊκοὶ δύναμιν, ἢ μᾶλλον κίνησιν τὴν μανωτικὴν καὶ πυκνωτικὴν τίθενται, τὴν μὲν ἐπὶ τὰ ἔσω, τὴν δὲ ἐπὶ τὰ ἔξω· καὶ τὴν μὲν τοῦ εἶναι, τὴν δὲ τοῦ ποιὸν εἶναι νομίζουσι αἰτίαν·* Auch nach ihm bestimmt die Bewegung von innen das Sein, die von aufsen die Individualität und Beschaffenheit.

126) Die Quellen sind vollständig citiert bei Göppert a. a. O. S. 10 ff.

127) Epist. 102 (lib. XVII. 2): „Quaedam (corpora) ex distantibus, quorum adhuc membra separata sunt, tamquam exercitus, populus, senatus. illi enim, per quos ista corpora efficiuntur, j u r e aut o f f i c i o cohaerent, natura diducti et singuli sunt.“ Selbstverständlich ist hier das objektive Recht gemeint, also gleichfalls ein äusseres Moment. Dem stimmt übrigens auch Göppert bei, a. a. O. S. 50, Anm. 6, ohne indessen den Widerspruch, welcher darin gegen seine Theorie liegt, zu bemerken.

128) a. a. O. S. 50. 51. Es kommen hierbei namentlich in Frage: Antoninus: Ad se ipsum (Selbstgespräche) 9, 9. Hier ist vom Vereinigungstriebe der beseelten Geschöpfe die Rede, welcher weder den Pflanzen noch Steinen noch Hölzern eigentümlich sei. Es wird darauf hingewiesen, dafs jener Drang die Staaten und Geschlechter, die Freundschaft, Versammlungen und politischen Bündnisse entstehen lasse. Der Körper und ihrer Gestaltung wird mit keinem Wort Erwähnung gethan. Ebenso behandelt die Frage Seneca: De ira, lib. II. 31: „Ut omnia inter se membra consentiunt, quia singula servari totius interest, ita homines singulis parcent, quia ad coetum geniti sunt." Cicero: De nat. deor. II. 16, § 43—44. Hier wird auf den Zusammenhang und die Ordnung der Sternbilder hingewiesen.

129) L. 6. Dig de rei vind. 6. 1.

130) L. 35. § 6. Dig. de contr. empt. 18. 1. Gajus libro decimo ad edictum provinciale: „Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit: si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus."

131) L. 34. pr. Dig. de aedil. edicto. 21. 1. Africanus libro sexto quaestionum: „Cum ejusdem generis plures res simul veneant, veluti comoedi vel chorus, referre ait, in universos an in singulos pretium constituatur, ut scilicet interdum una, interdum plures venditiones contractae intellegantur: quod vel eo quaeri pertinere, ut, si quis eorum forte morbosus vel vitiosus sit, vel omnes simul redhibeantur." Vergl. damit die Interpretation in L. 79. pr. Dig. de leg. 3. Celsus libro nono digestorum: „Si chorus aut familia legetur, perinde est quasi singuli homines legati sint." Es ist sehr wahrscheinlich, dafs Celsus als Proculianer dem Stoizismus ferne stand. Daher nimmt er im Zweifel eine differenzierende Tendenz der Parteien an. Über die Stipulation siehe L. 29. pr. in fin. Dig. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro quadragensimo sexto ad Sabinum: „Itemque quadrigae aut lecticariorum stipulatio una est. at si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt, quot corpora." Vergl. damit die allgemeine Regel in L. 86. Dig. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro septuagensimo nono ad edictum: „Quod dicitur tot stipulationes esse quot res, ibi locum habet, ubi res exprimuntur stipulatione: ceterum si non fuerint expressae, una est stipulatio". L. 10. § 8. Dig. quibus modis usus fruct. vel usus amittitur. 7. 4.

132) L. 2. Dig. de leg. 2. Paulus libro septuagesimo quinto ad edictum: „Quotiens nominatim plures res in legato exprimuntur, plura legata sunt: si autem supellex aut argentum aut peculium aut instrumentum legatum sit, unum legatum est." L. 6. Dig. eod. Paulus libro singulari ad legem Falcidiam: „Grege autem legato non potest quaedam sperni, quaedam vindicari, quia non plura, sed unum legatum est. idemque dicimus peculio legato aut veste aut argento et similibus." Vergl. auch L. 33. Dig. de aedil. edicto. 21. 1. Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium: „Eandem rationem facere Pomponius ait, ut etiam, si hereditas aut peculium

servi venierit, locus edicto aedilium non sit circa ea corpora, quae sunt in hereditate aut in peculio. idem probat et si fundus cum instrumento venierit et in instrumento mancipia sint. puto hanc sententiam veram, nisi si aliud specialiter actum esse proponatur."

133) Lehrbuch der Pandekten, B. 1, § 71, Anm. 2.

134) Sabinus hat sich zuerst mit einer genaueren Zusammenstellung des instrumentum beschäftigt: L. 8. pr. Dig. de instruct. vel instrum. leg. 33. 7. Ulpianus libro vicesimo ad Sabinum: „In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi cogendi conservandi gratia parata sunt, Sabinus libris ad Vitellium evidenter enumerat . . . veluti homines qui agrum colunt, et qui eos exercent praepositive sunt is, . . . praeterea boves domiti, et pecora stercorandi causa parata, vasaque utilia culturae, quae sunt aratra ligones sarculi falces putatoriae bidentes et si qua similia dici possunt. Ferner wird das instrumentum eines Weinberges aufgezählt.

135) L. 8. pr. eod. „quasi dolia, licet defossa non sint, et cuppae."

136) L. 12. pr. Dig. eod. Ulpianus libro vicesimo ad Sabinum: „Quaesitum est, an frumentum, quod cibariis cultorum paratum foret, instrumento cederet. et plurimis non placet, quia consumeretur: quippe instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus exerceri nequiret possessio: accedit eo, quod cibaria victus magis quam colendi causa pararentur. sed ego puto et frumentum et vinum ad cibaria paratum instrumento contineri: et ita Servium respondisse auditores ejus referunt. item nonnullis visum est frumentum, quod serendi causa sepositum est, instrumento contineri, puto quia et instar culturae esset et ita consumitur, ut semper reponeretur: sed causa seminis nihil a cibariis differt."

137) L. 9. Dig. eod. Paulus libro quarto ad Sabinum: „De grege ovium ita distinguendum est, ut, si ideo comparatus sit, ut ex eo fructus caperetur, non debeatur: si vero ideo, quia non aliter ex saltu fructus percipi poterit, contra erit, quia per greges fructus ex saltu percipiuntur."

138) LL. 7. 13. 17. 18. 23. Dig. eod.

139) L. 12. § 16 seqq. Dig. eod.

140) L. 29. Dig. de instruct. vel instrum. leg. 33. 7. Labeo libro primo πιθανῶν: „Si navem cum instrumento emisti, praestari tibi debet scapha navis. *Paulus*: immo contra. etenim scapha navis non est instrumentum navis: etenim mediocritate, non genere ab ea differt, instrumentum cujusque rei necesse est alterius generis esse atque ea quaequae sit: quod Pomponio libro septimo epistularum placuit." Vergl. in demselben Sinne L. 44. Dig. de evictionibus 21. 2. Deshalb mufs das Boot auch gesondert vom Schiff vindiziert werden L. 3. § 1. Dig. de rei vind. 6. 1: „scapha quoque separatim vindicabitur."

141) L. 1. § 1. Dig. 33. 7. Paulus libro quarto ad Sabinum: „Fundo cum instrumento legato et alienato instrumentum non vindicabitur ex sententia defuncti." Vergl. damit L. 5. Dig. eod. Labeo libro primo πιθανῶν a Paulo

epitomatorum: „Si cui fundum et instrumentum ejus legare vis, nihil interest, quomodo leges ‚fundum cum instrumento' an ‚fundum et instrumentum' an ‚fundum instructum'. *Paulus.* immo contra: nam inter ea legata hoc interest, quod, si fundo alienato mortuus fuerit qui ita legavit, ex hac scriptura ‚fundum cum instrumento' nihil erit legatum, ex ceteris poterit instrumentum esse legatum." Es ist kein Zufall, daſs auch hier wieder der Stoiker Paulus im Gegensatz zu Labeo den abgesonderten und selbständigen Objektscharakter des instrumentum betont; vergl. L. 29. Dig. eod. cit. Anm. 140.

142) Doch muſs natürlich der Kaufvertrag auf Veräuſserung der Sache „cum instrumento" lauten, so daſs nichts auf eine mögliche Separierung der Objekte hinweist. Vergl. L. 29. Dig. 33. 7. cit. Anm. 140.

143) L. 1. § 1. Dig. de instruct. vel instrum. leg. 33. 7. cit. Anm. 141.

144) L. 2 und 6. Dig. de leg. 2 cit. Anm. 132; vergl. auch L. 5. Dig. 33. 7. cit. Anm. 141.

145) a. a. O. S. 100 ff. Wie es scheint, hat Meister loc. cit. p. 551 seqq. die Frage mehr in unserem Sinne aufgefaſst.

146) a. a. O. S. 106. Die vindicatio gregis wird behandelt in L. 1. § 3. Dig. de rei vind. 6. 1. Ulpianus libro sexto decimo ad edictum: „Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari Pomponius libro lectionum vicensimo quinto scribit. idem et de armento et de equitio ceterisque, quae gregatim habentur, dicendum est. sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint: grex enim, non singula capita vindicabuntur." Vergl. L. 2. 3. Dig. eod. Über diese im ganzen nicht sehr streitige Frage ist eine recht bedeutende Litteratur vorhanden; cf. oben Anm. 118, ferner bei Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Aufl. 8, B. 1, § 137, S. 605, Anm. 5. Die ältere Litteratur und eine ausführliche wenngleich kasuistische Behandlung bei Girtanner in Iherings Jahrb., B. 3, S. 207. Sehr ansprechende Bemerkungen finden sich bei Petrażycki: Die Lehre vom Einkommen, B. 1, S. 118. 119; vergl. auch Pampaloni in der rivista ital. per le scienze giuridiche. T. 10, p. 268 seqq.

147) Diese falsche Auffassung von den universitates juris, welche schon die Glossatoren vertraten, ist später durch Mühlenbruch: Observationes juris. Regiom. 1818, dann von Hasse im Archiv für die civ. Praxis, B. 5, S. 18 ff., Wächter: Erörterungen I und schlieſslich von Vangerow Lehrbuch der Pandekten, B. I, § 71, Anm. 1 hinreichend widerlegt worden.

148) Auch äuſserlich werden diese beiden Klagen in den Quellen nebeneinander gestellt, vergl. L. 3. § 2. Dig. de rei vind. 6. 1.

149) Über den Nieſsbrauch an Sachgesamtheiten siehe L. 68. § 2. LL. 69, 70. Dig. de usu fructu. 7. 1., ferner L. 10. § 8. Dig. quibus modis usus fruct. vel usus amittitur. 7. 4. § 38. Inst. de rer. divisione. II. 1.

Vergl. auch Czyhlarz in Glücks Commentar, Buch 41 u. 42, Teil I, S. 442 ff. Dafür, wie es scheint, auch Petražycki a. a. O. S. 118.

150) a. a. O. S. 97.

151) Statt anderer Friedländer: Sittengeschichte Roms, Teil 2, S. 354, daselbst die weitere Litteratur.

152) Vergl. auch L. 70. Dig. de usu fructu. 7. 1.

153) L. 13. pr. Dig. de pignoribus 20. 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: „Grege pignori obligato quae postea nascuntur tenentur: sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.“ Dagegen ist freilich Dernburg: Pfandrecht, B. 1, § 59, S. 452 ff.; indessen in seinen praktischen Folgerungen aus L. 34. pr. Dig. de pignoribus 20. 1 auf S. 458 ff. kommt er unserer Auffassung sehr nahe.

154) a. a. O. S. 59 ff. u. S. 96. 97.

155) Vergl. oben S. 36 ff.

156) Siehe Dernburg: Pandekten, Aufl. 6, B. 1, § 272. Hier wird als Beispiel eine Gemäldegalerie, Bibliothek etc. angeführt; vergl. auch von demselben: Pfandrecht, B. 1, § 59, S. 452 ff. Demelius: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem Recht, S. 147. 197.

157) a. a. O. S. 59 ff.

158) a. a. O. S. 61.

159) Das Verhältnis der universitas zur Besitzlehre kann hier leider nicht erschöpfend behandelt werden; es mögen wenige Andeutungen genügen. Die ganze Besitztheorie müſste einer eingehenden Untersuchung vom Standpunkt des Sachbegriffes aus unterzogen werden. L. 30. § 2. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3. Pomponius libro trigensimo ad Sabinum: „De tertio genere corporum videndum est. non autem grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. quid ergo est? etsi ea natura ejus est, ut adjectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio. nec si quid emptum immixtum fuerit gregi augendi ejus gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut, si reliquus grex dominii mei sit, haec quoque ovis, sed singulae suam causam habebunt, ita ut, si quae furtivae erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiantur.“ In der neuesten Litteratur hat man eben in obiger Stelle das Haupthindernis gegen die Anerkennung der Sachgesamtheit als Rechtsobjekt zu finden geglaubt; siehe die in Anm. 118 aufgezählten Autoren. In diesem Sinne hat sich besonders energisch Randa — Der Besitz nach österreich. Recht, S. 435 — ausgesprochen: „Das Eigentum an der Gesamtsache ist nach österr. Rechte nicht minder als nach gemeinem, ein materiell inhaltsloser und darum juristisch unbrauchbarer Begriff“; auf dem Gebiet des Besitzes komme daher diesem Begriff erst recht keinerlei Bedeutung zu, S. 436. Diese Auffassung erklärt Randa für ausnahmslos anerkannt; siehe seine Litteraturnachweise in Anm. 3. Das folgt aber u. E. aus der besonderen Natur

des „corpus" im Besitz. Ebenso sind auch die sog. Pertinenzen vom Besitz und der Ersitzung der Hauptsache auszuschliefsen, während Accessionen als körperlich mit der Hauptsache verbundene Objekte ihrem Besitz und ihrer Ersitzung unterliegen, cf. ibid. S. 439. Besitz und dingliche Rechte werden auch im modernen Recht verschieden beurteilt. Nach dem Bürgerl. Gesetzb. f. d. Deutsche Reich können an wesentlichen Bestandteilen nicht getrenntes Eigentum noch auch beschränkte dingliche Rechte bestehen, während Teilbesitz anerkannt wird, § 865. cf. Buhl: Das Recht an beweglichen Sachen nach dem B. G. B. S. 10; über das röm. Recht vergl. noch Girtanner in Iherings Jahrb., B. 3, S. 142 ff. und 230 ff.

160) L. 3. § 5. in fin. Dig. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2.

161) Vergl. namentlich L. 30. § 2. Dig. 41. 3 cit. Anm. 159. Hier wird auf die verschiedenen Besitztitel der einzelnen Stücke hingewiesen. Es versteht sich von selbst, dafs der Eigentümer sein Schaf vindizieren darf, ohne Rücksicht darauf, ob der unrechtmäfsige Besitzer es seiner Herde einverleibt hat oder nicht: L. 23. § 5. in fin. Dig. de rei vend. 6. 1: „ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse."

162) Siehe unten S. 135 ff. über die Bedeutung der actio ad exhibendum für solche Fälle.

163) Ganz dasselbe wird ausgesprochen in § 18. Inst. de leg. II. 20: „esse enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicuti aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus"; cf. auch L. 3. pr. Dig. de rei vind. 6. 1.

164) L. 10. § 8. Dig. quibus modis usus fruct. vel usus amittitur. 7. 4. cit. S. 59. Über das Minimum von Tieren, welches zur Existenz einer Herde gehört vergl. L. 3. pr. Dig. de abigeis. 47. 14. Callistratus libro sexto de cognitionibus: „Quidam decem oves gregem esse putaverunt: porcos etiam quinque vel quattuor"; siehe auch Varro: De re rustica II. cap. 3.

165) L. 49. § 1. Dig. de rei vind. 6. 1. Das gleiche Prinzip, wonach der Eigentümer alles vindizieren kann, was von seiner Sache übrig ist, vertritt auch die bekannte Entscheidung Julians vom gestohlenen Ochsen L. 14. § 2. Dig. de condictione furt. 13. 1, welche man fälschlich in der Spezifikationslehre zu verwerthen suchte, cf. Ferrini: Appunti sulla dottrina della specificazione im Bullettino dell'istituto di diritto romano, 1889, S. 199.

166) Vergl. namentlich L. 5. § 2. Dig. quibus modis usus fruct. vel usus amittitur. 7. 4. Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum: „Rei mutatione interire usum fructum placet: veluti usus fructus mihi aedium legatus est, aedes corruerunt vel exustae sunt: sine dubio extinguitur. an et areae? certissimum est exustis aedibus nec areae nec caementorum usum fructum deberi." Der vermachte Niefsbrauch kann am Reste der Sache nicht fortbestehen, war dagegen das Haus zum Eigentum legiert und nachher durch Feuer zerstört worden, so kann alles, was von ihm übrig ist, also auch die area, vom Legatar beansprucht werden: L. 22 in fin. Dig. de leg. 1. „quemadmodum insula legata, si combusta esset, area possit vindicari." Vergl.

ferner L. 10. § 8. Dig. quibus modis usus fruct. vel usus amittitur 7. 4 und L. 31. Dig. eod. mit § 18. Inst. de leg. II. 20. „Si grex legatus fuerit posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit vindicari potest.“ und L. 22. Dig. de leg. 1. Pomponius libro quinto ad Sabinum: „Si grege legato aliqua pecora vivo testatore mortua essent in eorumque locum aliqua essent substituta, eundem gregem videri: et si deminutum ex eo grege pecus esset et vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desisset esse: quemadmodum insula legata, si combusta esset, area possit vindicari.“

167) Siehe weiter unten § 23, S. 383 ff., namentlich S. 390 ff.

168) Hier müssen folgende neuere Arbeiten hervorgehoben werden: Czyhlarz: Die Eigentumserwerbsarten in Glücks Commentar, Buch 41 u. 42, Teil I, S. 249 ff. Ferner Sulzer: Der Eigentumserwerb durch Spezifikation. Zürich 1884. Paret: Die Lehre vom Eigentumserwerb durch Spezifikation, 1892. Hoffmann: Die Eigenheit der Sachen, ein Beitrag zur Spezifikationslehre in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, B. 23, S. 433 ff. Sehr beachtenswert ist die Untersuchung Fischers: Das Problem der Identität und Neuheit mit besonderer Berücksichtigung der Spezifikation, 1892. Hierzu Hellmann in der Krit. Vierteljahrsschrift, B. 37, S. 365 ff. Älter ist der Aufsatz von Meykow: Die Lehre vom Eigentumserwerb durch Spezifikation in Osenbrüggens Dorpater juristischen Studien, 1849. In engstem Zusammenhang miteinander stehen folgende Arbeiten: Bechmann: Über den Rechtsgrund des Eigentumserwerbs durch Spezifikation im Archiv für die civ. Praxis, B. 47, S. 25 ff.; Fitting: Die Spezifikation im Archiv für die civ. Praxis, B. 48, S. 1—25, 149—194, 311—365, und endlich Bremers Besprechung der Bechmann'schen und Fitting'schen Aufsätze in der Krit. Vierteljahrsschrift, B. 10, S. 1 ff. Zu dieser älteren Gruppe gehört eigentlich auch der bereits oben citierte Artikel von Hoffmann, da es sich dort vorzugsweise um eine Erklärung und Vervollständigung Fitting'scher Ansichten handelt. Von grofsem Interesse sind die beiden italienischen Arbeiten von Ferrini: Appunti sulla dottrina della specificazione im Bulletino dell'istituto di diritto romano, 1889, S. 182—247, und der bereits früher erwähnte Aufsatz von Perozzi. Materia e species, ebendaselbst 1890, S. 212—240. Über Ferrinis Aufsatz cf. Schneider in der Krit. Vierteljahrsschrift, B. 36, S. 44 ff. Unsere Auffassung siehe in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, rom. Abteil., B. 17, S. 252—311. Das dort über die philosophischen Einflüsse Gesagte hat Zustimmung gefunden bei Strauss: Stoff und Arbeit, Berlin 1899. Vergl. die Besprechungen unseres Aufsatzes von Ermann im Centralblatt für Rechtswissenschaft, B. 16, S. 206 und Oertmann im Archiv f. bürgerl. Recht, B. 13, S. 118. 119. Wir dürfen hoffen, dafs die freundlichen Rezensenten ihre gegen das starke Übergewicht der Philosophie geltend gemachten Bedenken vielleicht aufgeben, wenn sie unsere vorliegende Arbeit mit noch weiterem Material bekannt macht.

169) Diese Auffassung hat vertreten Bremer a. a. O. S. 38 ff. Hier finden wir eine eingehende Bestimmung des Wesens dieser Thätigkeit. Sie gehöre zum Begriff der Spezifikation, müsse die Hervorbringung einer nova species beabsichtigen und für diese Neuschaffung wesentlich sein. Schliesslich wird noch die begriffliche Vernichtung derjenigen Sache gefordert, aus welcher der neue Gegenstand hervorgegangen ist. Vergl. ferner Christ. de Wolff: Inst. juris natur. et gentium, Halae, 1750. §§ 227. 231. Connanus und Hotmanus (s. Hilliger in not. 2 ad Donelli Comm. de iure civ. L. IV. Cap. XII). Dernburg in der Kritischen Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, B. 1, S. 147. v. Scheurl: Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, 1852, S. 280 ff. Dankwardt: Nationalökonomie und Jurisprudenz, 1862, S. 28. Stahl: Rechts- und Staatslehre, Abteil. 1, S. 300. Leist: Civilistische Studien, Jena, 1859. III. S. 135 und 107 ff. Arndts: Lehrbuch der Pandekten, 1883, § 155. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Aufl. 8, § 187, Anm. 2. Czyhlarz a. a. O., Sulzer a. a. O. und Paret a. a. O. Schmid im Archiv für die civ. Praxis, B. 44, S. 193 ff. Vergl. auch Gruchot: Glossen zum Allgem. Landrecht in Gruchots Beiträgen, B. 7, S. 259 ff.

170) Das ist die „naturalis ratio“, nach welcher die Juristen suchen. Gai. Inst. II. 79, L. 7. § 7. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1.

171) Hier widerspricht Hoffmann a. a. O. S. 433: „Zugestanden, dafs für die Beantwortung obiger Frage (sc. ob eine neue Sache geschaffen sei), die Verkehrs- oder vielmehr die wirtschaftliche Auffassung mafsgebend ist, so folgt doch nicht hieraus mit Notwendigkeit, dafs die Motive dieser Auffassung der juristischen Erkenntnis und Verwertung entzogen sind.“ Das Kriterium der Neuheit findet Hoffmann im „Wechsel der Bestimmung und Brauchbarkeit der Sache.“ Allein wird denn dieser Wechsel durch die „Verwertung juristischer Erkenntnis“ festgestellt.

172) Gai. Inst. II. 79. L. 7. § 7. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1.

173) Diese Auffassung vertreten in erster Linie Sulzer a. a. O. S. 132 ff., Czyhlarz a. a. O. S. 318 ff., 335 ff. und Paret a. a. O. S. 16 ff.

174) Czyhlarz a. a. O. S. 317.

175) Darauf weist schon Meykow hin a. a. O. S. 150; vergl. auch Czyhlarz a. a. O. S. 312 ff.

176) Czyhlarz a. a. O. S. 313; auch Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Teil 2, S. 537 findet, dafs „die Anschauung der Prokulejaner die kulturhistorisch fortgeschrittenere“ sei, weil sie mit der individuellen Arbeit rechne.

177) Czyhlarz a. a. O. S. 317; cf. Gai. Inst. II. 79. § 25. Inst. de rer. div. II. 1. L. 7. § 7. Dig. de adquir. dom. 41. 1.

178) L. 7. § 7. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1.

179) Commentarius ad libros IV Institutionum, 1743, p. 180.

180) Commentarius academicus et forensis ad Vinnium, Lugdunum, 1777 ad § 25 Instit. de rer. div. II. 1.

181) Hermeneutica juris, Leipzig 1802, p. 339.

182) Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum, Greifswald, 1817, S. 255.

183) Das Privatrecht und der Civilprozess der Römer, Leipzig 1858, S. 293, Anm. 1.

184) a. a. O. S. 125; vergl. auch Göppert: Über einheitliche zusammengesetzte und Gesamtsachen, S. 75 ff. Sehr bestimmte Vermutungen bei Fischer a. a. O. S. 46 ff., S. 12 ff., sowie bei Costa a. a. O. S. 27 ff.

185) Statt anderer Bäumker a. a. O. S. 261 ff. Trendelenburg: Geschichte der Kategorienlehre, S. 110 ff.

186) Bäumker a. a. O. S. 215 ff. und S. 261 ff. Zeller a. a. O. Teil 2, Abteil. 2, S. 418. 419. Die Form ist die Wirklichkeit desjenigen, dessen Möglichkeit der Stoff ist. — Aristoteles: Metaphysik VI. 3, p. 1029. a. 5. *ὥστε εἰ τὸ εἶδος τῆς ὕλης πρότερον καὶ μᾶλλον ὄν, καὶ τοῦ ἐξ ἀμφοῖν πρότερον ἔσται διὰ τὸν αὐτὸν λόγον.* Vergl. Trendelenburg a. a. O. S. 110.

187) Bäumker a. a. O. S. 267. Aristoteles: Metaphysik VII. 4, p. 1044. a. 27—29.

188) Vergl. über das Wesen der Sache oben S. 31 ff. Ihering: Besitzwille, S. 274 hat in seiner Darstellung der Occupation diese Frage völlig mifsverstanden.

189) Vergl. Zeller a. a. O. S. 314. 317. 347 und zahlreiche dort angeführte Citate. Bäumker a. a. O. S. 281. Aristoteles: Metaphysik VII. 5, p. 1044, b. 21. *Ἐπεὶ δ' ἔνια ἄνευ γενέσεως καὶ φθορᾶς ἔστι καὶ οὐκ ἔστιν, οἷον αἱ στιγμαὶ, εἴπερ εἰσίν καὶ ὅλως τὰ εἴδη καὶ αἱ μορφαί (οὐ γὰρ τὸ λευκὸν γίγνεται ἀλλὰ τὸ ξύλον λευκόν . . .)*

190) Zeller a. a. O. S. 351 ff. Bäumker a. a. O. S. 266 ff.

191) Vergl. über die Wiedergabe der griechischen Terminologie im Lateinischen Bäumker a. a. O. S. 282, Anm. 2.

192) So definiert auch Paulus L. 6. Dig. de rei vind. 6, 1: „appellatio enim rei non genus, sed speciem significat".

193) z. B. Boethus aus Sidon. Vergl. darüber Bäumker a. a. O. S. 296.

194) Das hat Brinz richtig empfunden, indem er — Pandekten, Aufl. 2, B. I, S. 579 — meint, das „ante nullius fuerat" sei so zu verstehen, dafs die nova species von niemand gegen den Spezifikanten in Anspruch genommen werden könne.

195) Gai. Inst. II. 79. in fin. § 26. Inst. de rer. div. II. 1.

196) Die Quellen betonen wiederholt, dafs die Sache auch so vorhanden sein müsse, wie sie in der Vindikationsformel genannt wird: L. 23. § 5 in fin. Dig. de rei vind. 6. 1: „nam si statuae meae bracchium alienae statuae addideris, non posse dici bracchium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur". Der Arm hat kein eigenes *εἶδος* mehr, er ist zu einer

neuen Gestalt mit der Statue verbunden — „uno spiritu continetur". Über diese stoische Wendung siehe unten S. 104 und 128. Vergl. ferner L. 23. § 2. Dig. eod. L. 6. Dig. eod.: „Si in rem aliquis agat, debet designare rem . . . Octavenus ita definit . . . factae (materiae) speciem dici oportet". Vergl. auch L. 27. § 1. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1: „nihil hic suum dicere potest prior dominus".

197) Vergl. über die verschiedenen Gesichtspunkte bei Kreierung dieser Klage Ermanns Aufsatz in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, rom. Abteil., B. 13, S. 216 ff.

198) Vergl. Gai. Inst. II. 79 und § 26. Inst. de rer. div. II. 1. Das Nähere weiter unten S. 86 ff.

199) Gai. Inst. loc. cit. „quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt." Der Ausdruck „extinctae res condici possunt" erscheint als wunderlich, ja absurd. Wie soll etwas, was nicht mehr besteht, sei es auch durch eine condictio gefordert werden? Aber condiciert konnte auch der Wert der Sache werden.

200) Der innige Zusammenhang zwischen dem Eigentumsrecht und den zu seinem Schutz bestimmten Klagen sowohl in ihrer Entstehung, als auch in ihrem Untergang gelangt in der Entwickelungsgeschichte des römischen Rechts mehrfach zum Ausdruck. Man erinnere sich nur der Beziehung zwischen der actio Publiciana und dem bonitarischen Eigentum, oder der Entstehung der praescriptio extraordinaria aus dem Institut der Klageverjährung. So sagt auch der Prokulianer Celsus L. 49. § 1. Dig. de rei vind. 6, 1: Mein Eigentum ist dasjenige, was ich vindizieren kann: „Meum est, cuius vindicandi ius habeo".

201) Auch Dernburg — in der Kritischen Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, B. 1, S. 146 — ist der Meinung, dafs der Spezifikant ebenso wenig der Occupation bedürfe, wie der bonae fidei possessor beim Fruchterwerb.

202) Wir nehmen hiernach nicht den geringsten Anstand, Labeo für den direkten Begründer der sog. prokulianischen Theorie zu erklären. Gerade seine Entscheidungen lassen mit besonderer Klarheit erkennen, worin die Eigentümlichkeiten jener Lehre zu suchen sind. Eine ähnliche Vermutung schon bei Pernice: Labeo, Aufl. 2, B. II, S. 321, Anm. 3.

203) Bäumker a. a. O. S. 296, Anm. 1. Hier wird insbesondere auf die Lehre von den Eigenschaften hingewiesen. Vergl. auch Zeller a. a. O. Teil 2, Abteil. 2, S. 348.

204) Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 2, S. 746 ff.

205) Über das Verhältnis des ποῖον der Stoiker zum εἶδος des Aristoteles Trendelenburg a. a. O. S. 222, vergl. auch Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 98 und 102 und Bäumker a. a. O. S. 296.

206) In Categorias Aristotelis fol. 12. *ἐπὶ δὲ τοῦ δευτέρου ὑποκειμένου οὐ πᾶν χρῶμα, οὐδὲ πᾶσα ποιότης ἐν ὑποκειμένῳ ἀλλ' ὅταν μὴ συμπληρωτ:καί εἰσι τῆς οὐσίας· τὸ γ' οὖν λευκὸν* (die weiſse Farbe) *ἐπὶ μὲν τοῦ ἐρίου* (Wolle) *ἐν ὑποκειμένῳ, ἐπὶ δὲ τῆς χιόνος* (beim Schnee) *οὐκ ἐν ὑποκειμένῳ ἀλλὰ συμπληροῖ τὴν οὐσίαν ὡς μέρος, καὶ ὑποκείμενον μᾶλλόν ἐστι μετὰ τῆς οὐσίας.*

207) Ganz in derselben Weise wie die weiſse Farbe zum Wesen des Schnees, gehört die Härte begrifflich zum Stein und Eisen. Vergl. Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 102. Aus der gleichen Vorstellung stammen z. B. auch die deutschen Eigenschaftswörter schneeweiſs, steinhart, stahlhart etc.

208) Über das *ὑποκείμενον* bei den Peripatetikern mit stoischer Tendenz siehe Bäumker a. a. O. S. 296, Anm. 1.

209) L. 32. § 6. Dig. de auro argento 34. 2: „sed non mutat substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio, quia Labeo testamento lanam ac deinde versicoloria scripsit, quasi desit lana tincta lana esse, detractoque verbo ‚versicolorio' nihilo minus etiam versicoloria debebuntur, si non appareat aliam defuncti voluntatem fuisse."

210) Manche versuchen diese Stelle aus der Natur der Sache zu erklären so Ferrini a. a. O. S. 203 ff., mit Recht aber warnt er davor die Aussprüche der klassischen Juristen allein daraufhin für ungereimt zu erklären, daſs wir ihre Denkmethode nicht mehr verstehen.

211) Vergl. Aristoteles Metaphysik IX. 9, p. 1058. a. 34 — b. 12.

212) a. a. O. S. 5. 6. Auf S. 55 spricht er die Ansicht aus, die Römer hätten in diesem Falle einfach geirrt. Das ist vom Standpunkte der Arbeitstheorie aus ganz folgerecht gedacht. Indessen fragt es sich, wie sollten die klassischen Juristen in der Färberei die produktive Thätigkeit ganz übersehen, wenn sie das Schwergewicht auf die „Fabrikation" legten und „über die Bedingungen der sog. materiellen Produktion dieselben Ansichten hatten, wie unsere modernen Nationalökonomen." Ferrini a. a. O. S. 198 nennt Sulzers Darstellung: „una curiosa miscela di idee romane e moderne, di principii giuridici e di opinioni economiche."

213) a. a. O. S. 265.

214) Vergl. Archiv für die civ. Praxis, B. 47, S 47 ff. Dagegen vorzugsweise Bremer in der Krit. Vierteljahrsschrift, B. 10, S. 38, sowie natürlich sämtliche bereits erwähnten Vertreter der sog. Arbeitstheorie.

215) Aus diesem Grunde halten wir es für müssig in diesem Zusammenhange über die Wirkungen der Verarbeitung eigener Sachen zu reden. Wir zweifeln daran, daſs die Prokulianer hierin einen bestimmten Standpunkt einnahmen.

216) a. a. O. S. 38.

217) a. a. O. S. 47.

218) Die Möglichkeit einer Spezifikation von Grundstücken ist zuerst behauptet worden von Bechmann auf Grund seiner Occupationstheorie. Indessen hat auch er die praktische Seite der Frage nicht hinreichend klarstellen können: a. a. O. S. 39. 45—49. Dagegen ist aufgetreten Fitting a. a. O. S. 6: da der Boden an sich „etwas festes, bleibendes, dauerndes“ sei. Ähnlich spricht sich Czyhlarz aus a. a. O. S. 252. 253. Sulzer a. a. O. S. 50. 51 greift wieder auf die Arbeit zurück. Bei Benutzung des Grund und Bodens hatten nach Auffassung der römischen Juristen „die Kräfte der Natur einen gröfseren Anteil an der Produktion als die menschliche Arbeit.“ Aber ohne Arbeit, ja schwere Arbeit wird hier doch auch nichts erreicht. Die Arbeitstheorie überzeugt hauptsächlich deshalb so wenig, weil sie mit der Arbeit selbst willkürlich umgeht. Man vermisst gerade bei ihrer Schätzung ein wirtschaftliches Prinzip und jede Konsequenz. Bald wird sie gänzlich ignoriert, wo sie geradezu in die Augen springt, bald übermäfsig aufgebauscht, wo sie kaum eine Rolle spielt. Dieser unbefriedigende Ausgang ist ganz begreiflich. Die Kasuistik der römischen Juristen bietet in der Spezifikationslehre für volkswirtschaftliche Darstellungen kein Material, sie mufs, um trotzdem ökonomischen Untersuchungen zu dienen, in ein Prokrustesbett gelegt werden und hierbei geht es ohne Verstümmelung nicht ab. Für die Spezifikation von Grundstücken nach modernem Recht hat sich Bremer ausgesprochen: a. a. O. S. 44, und Hoffmann a. a. O. S. 442 ff., sofern Aufführung von Gebäuden in Frage kommt.

219) Vergl. hierüber oben S. 46.

220) L. 83. Dig. pro socio. 17. 2. Vergl. auch L. 20. Dig. de contr. empt. 18. 1. Von der plantatio wird in einem andern Zusammenhang ausführlich die Rede sein; cf. unten § 6. I.

221) Beim Grundstück tritt eine Änderung der species nur in dem Falle ein, wenn es überhaupt aufhört zu existieren, etwa durch Erdbeben oder endgültige (nicht vorübergehende) Überschwemmung. In diesem Sinne spricht der Jurist von speciem mutare, formam amittere L. 7. §§ 5. 6. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Für die Spezifikation ist hier kein Raum, weil an Stelle des fundus eine res extra commercium tritt, die überhaupt von niemandem vindiziert werden kann: „novus alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium“ L. 7. § 5. Dig. eod. Es handelt sich hier demnach vom juristischen Standpunkt aus um Aufhebung jedes Eigentums durch Untergang der Sache. Anders Sulzer a. a. O. S. 38, Anm. 5. Er ist der Meinung, von einer Spezifikation könne hier um deswillen nicht die Rede sein, weil „die nova species durch Naturereignisse, nicht durch die Arbeit eines Spezifikanten“ entstehe.

222) Gai Inst. II. 79: „sed eum quoque cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum qui subripuerit habere actionem; nec minus adversus eundem condictionem ei competere, quia extinctae res, licet

vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt."

223) Ulpian zählt L. 7. § 1. Dig. de cond. furt. 13. 1 vier Klagen auf, welche überhaupt von dem durch das furtum Geschädigten angestellt werden können: die actio furti, condictio furtiva, rei vindicatio und actio ad exhibendum. Letztere beiden kommen aus den oben erwähnten Gründen hier nicht in Frage.

224) Vergl. darüber Czyhlarz a. a. O. S. 330, ferner Fitting a. a. O. S. 178 ff. Gesterding — a. a. O. S. 266 ff. — will die Anwendung der condictio furtiva verallgemeinern, d. h. nicht nur auf die prokulianische Theorie beschränken, sondern auch auf die übrigen Spezifikationslehren ausdehnen. Hierzu bemerkt Pernice: Labeo, Aufl. 2, B. II, S. 323 ff.: „Die Condictio kann, auch wenn der ursprüngliche Gegenstand untergegangen ist, immer noch auf diesen Gegenstand gerichtet werden." Die Juristen fassen das Verhältnis wie gewöhnlich von der prokulianischen Seite auf. Ähnlich äussert sich auch Dernburg in der Kritischen Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, B. 1, S. 147.

225) Vergl. insbesondere Gai Inst. II. 79 in fin. cit. Anm. 222: „condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt."

226) L. 8. pr. Dig. de cond. furt. 13. 1.

227) cit. auf S. 77.

228) Deshalb halte ich hier im Gegensatz zu Czyhlarz a. a. O. S. 348 ff. und Sulzer a. a. O. S. 47 ff. die Frage nach der bona oder mala fides der Frau für völlig gleichgültig. Die citierte Stelle läfst sich eben für die Lehre von der Ersatzpflicht des Spezifikanten aus den oben angegebenen Gründen überhaupt nicht verwerten.

229) L. 30 cit. stammt aus dem Commentar des Gaius zum Provinzialedikt, Labeo wird hier nicht mehr erwähnt.

230) Vgl. a. a. O. S. 334. 335. Ganz auf demselben Standpunkt steht Sulzer a. a. O. S. 127. 135 ff.

231) a. a. O. S. 334.

232) Schon früher hat sich dagegen ausgesprochen Ihering in seinen Jahrb., B. 16, S. 248 ff.

233) Über Gajus als Gewährsmann in dieser Frage vergl. Anm. 199. 222.

234) Vergl. Fitting a. a. O. S. 347 und die oben citierte meist ältere Litteratur noch von der Glosse an. Doch sind diese Darstellungen hier ohne wesentliches Interesse, da es den früheren Schriftstellern meist nur darauf ankam, ohne Prüfung der historischen Grundlage für die Praxis des gemeinen Rechts eine passende Klage zu konstruieren.

235) Die Anhänger dieser Ansicht sind vollzählig aufgeführt bei Vangerow: Pandekten, B. 1, § 310. Dernburg — Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, B. 1, S. 148 — konstatiert gleichfalls zunächst, dafs die Quellen über diese Ersatzpflicht keine Andeutung enthalten.

Die actio in factum sei nicht ohne weiteres anwendbar, da wenn der Grundsatz durchschlüge, dafs sich niemand mit dem Schaden eines andern bereichern dürfe, auch der bonae fidei possessor zur teilweisen Herausgabe der lukrierten Früchte genötigt werden müfste.

236) Bäumker a. a. O. S. 327.

237) Es ist sehr bezeichnend, dafs auch die späteren römischen Juristen materia oder substantia mit corpus identifizierten. Siehe L. 18 in fin. Dig. quod metus 4. 2: „saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.“ Corpus ist hier das Material oder Substrat. Vergl. damit L. 7. § 8. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1: „Voluntas duorum dominorum miscentium materias commune totum corpus efficit . . . quamvis et mulsi et electri novi corporis sit species.“ Es entspricht also durchaus nicht der philosophischen Terminologie der Juristen, wenn Ferrini a. a. O. S. 184 species mit corpus oder gar res identifiziert.

238) a. a. O. S. 336.

239) Bäumker a. a. O. S. 336.

240) Trendelenburg a. a. O. S. 222. Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 98. Siehe Anm. 205 und 299. Schon Fischer a. a. O. S. 13. 14 hat die beiden Kategorien neben einander gestellt.

241) a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 97: „Welche Eigenschaften aber für wesentlich anzusehen sind, dies ist nicht nach ihrer längeren oder kürzeren Dauer, sondern danach zu entscheiden, ob sie aus der Natur des betreffenden Gegenstandes hervorgehen oder nicht.“ Siehe auch S. 95. Daselbst reichhaltiges Quellenmaterial.

242) Vergl. die Lewald'sche Ausgabe des Simplicius-Kommentars zu Aristoteles' Categoriae, Heidelberg und Leipzig 1824, wo in der lateinischen Übersetzung überall *ποιότης* durch habitus wiedergegeben wird.

243) Über das *πνεῦμα* sagt Chrysippus bei Stobäus: Eklog. 374, Ausg. Wachsmuth, vol. I, p. 154 folgendes: *πνεῦμα δὲ εἴληπται διὰ τὸ λέγεσθαι αὐτὸ ἀέρα εἶναι κινούμενον· ἀνάλογον δὲ γίνεσθαι κἀπὶ τοῦ αἰθέρος, ὥστε καὶ εἰς κοινὸν λόγον πεσεῖν αὐτόν. Ἡ τοιαύτη δὲ κίνησις κατὰ μόνους γίνεται τοὺς νομίζοντας τὴν οὐσίαν πᾶσαν μεταβολὴν ἐπιδέχεσθαι καὶ σύγχυσιν καὶ σύστασιν καὶ σύμμιξιν καὶ σύμφυσιν καὶ τὰ τούτοις παραπλήσια.* Ebenso Plutarch: De Stoicorum repugnant., c. 43. *ταῦτα κινῶν ἐν τῷ πρώτῳ τῶν φυσικῶν ζητημάτων, πάλιν ἐν τοῖς περὶ ἕξεων οὐδὲν ἄλλο τὰς ἕξεις πλὴν ἀέρας εἶναί φησιν. ὑπὸ τούτων γὰρ συνέχεται τὰ σώματα·* Vergl. auch Trendelenburg a. a. O. S. 226. Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 118 ff., 138 ff., 194 ff. Stein: Die Psychologie der Stoa, B. I, S. 15 ff. Bäumker a. a. O. S. 351.

244) Gai Inst. II. 79. cit. auf S. 95. Ganz dieselbe Ausdrucksweise bei Paulus libro quinquagensimo quarto ad edictum in L. 4. § 20. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3: „Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit.“

245) Die entsprechenden Stellen des Corpus juris haben natürlich eine geringere Beweiskraft. Man braucht nicht gerade überall Interpollationen zu wittern, und wird doch gleichzeitig die Möglichkeit von mancherlei Textänderungen der Compilatoren einräumen müssen. Vergl. übrigens Fitting a. a. O. S. 158. 175. Namentlich hat man gegeneinander zu halten die citierte Stelle aus Gajus Inst. und L. 7. § 7. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1, welche ebenfalls von Gajus stammt und hinsichtlich der Tempora etwas anders lautet. Mit Unrecht mifst dieser Frage keine Bedeutung bei Czyhlarz a. a O. S. 294 ff.; freilich seine Einwände gegen Fittings Folgerungen sind gewifs zutreffend. Ganz übereinstimmend lehrt auch Paulus L. 24. Dig. 41. 1: „veluti si meo aere statuam aut argento scyphum fecisses, me eorum dominum manere." Die Sache und das Recht an ihr bleiben unverändert.

246) Seneca: De providentia V. 9. L. 12. § 3. Dig. ad exhibendum. 10. 4.

247) Vergl. die verschiedene Stellung der Prokulianer und Sabinianer zum Satz: „omnia iudicia esse absolutoria". Darüber Keller: Der römische Civilprozess, § 67, wo der Standpunkt der Sabinianer gleichfalls als freier, fortgeschrittener bezeichnet wird.

248) L. 78. § 4. Dig. de leg. 3. Vergl. damit auch L. 19. pr. Dig. de auro argento 34. 2 und andere zahlreiche Stellen desselben Titels. In allen diesen Fällen handelt es sich um Vindikationslegate, welche der Vermächtnisnehmer dem Erben mit der dinglichen Klage abfordert. Den Juristen beschäftigt daher in erster Linie die Bezeichnung der Sache. Es fragt sich eben, wie hat der Legatar seinen Anspruch zu formulieren, damit er sich mit dem vom Erblasser im Testament genannten Gegenstande decke?

249) Gai Inst. IV. 11; vergl. L. 3. pr. Dig. arborum furtim caesarum. 47. 7. Ulpianus libro quadragensimo secundo ad Sabinum: „Vitem arboris appellatione contineri plerique veterum existimaverunt."

250) L. 7. § 10. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1: „Appellatione autem tigni omnes materiae significantur, ex quibus aedificia fiunt." Vergl. L. 7. pr. Dig. ad exhib. 10. 4. und L. 1. § 1. Dig. de tigno juncto. 47. 3. Daher auch die merkwürdige Etymologie der Alten: tigna enim a tegendo dicta sunt.

251) Wir sind der Meinung, dafs die Ausdrucksweise des Paulus L. 12. § 3. Dig. ad exhibendum. 10. 4. wohl auch eine prozessuale Bedeutung hat: „Si quis ex uvis meis mustum fecerit vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, cum sciret haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit nostrum esse verius est."

252) Die richtige Würdigung des Verhältnisses vom Eigentum zur Arbeit bildet in der römischen Rechtsgeschichte eine feine Frage. Abgesehen von der im Text berührten Stelle genüge ein Beispiel statt vieler. Es handelt sich um die Beziehung des bonae fidei possessor zum liber homo bona fide serviens. Der freie Mann ist ohne Kenntnis von seinem wahren

Status und ohne sein Verschulden in Sklaverei geraten. Längere Zeit hindurch hat er für einen Herrn gearbeitet ohne hierzu nach seiner rechtlichen Stellung verpflichtet zu sein. Endlich klärt sich die Sachlage auf, die Ketten fallen, er gewinnt auch thatsächlich die Freiheit. Es entsteht die Frage, kann er verlangen, dafs sein bisheriger Herr, welcher vielleicht jahrelang seine Arbeitskraft zuwider dem objektiven Recht ausgenutzt hat, ihm hierfür nach richterlichem Ermessen billigen Ersatz gewähre? Der moderne Rechts- und Wirtschaftspolitiker würde ohne Zögern ihm volle Vergütung für die rechtswidrig geleistete Arbeit zugestehen. Kann doch sogar der aus dem Zuchthaus entlassene Sträfling beanspruchen, dafs ihm wenigstens ein Teil des während der Haftzeit verdienten Arbeitslohnes ausgezahlt werde, wie viel mehr der liber homo bona fide serviens, welcher ohne jedes Verschulden durch unglückliche Umstände und Mifsverständnisse in die Zwangslage des Sklaven geriet. Und dennoch urteilen die klassischen Juristen hier anders. Nach Rückgewinnung der Freiheit kann der bona fide serviens nicht beanspruchen, dafs ihm die für den Herrn geleistete Arbeit ersetzt werde. Und weshalb? Papinian sagt, weil das öffentliche Interesse den Schutz des Sklavenhandels erfordere — propter adsiduam et cottidianam comparationem servorum ita constitui publice interfuit, nam frequenter ignorantia liberos emimus —. Mit anderen Worten, die billigen und anerkannten Ansprüche der freien Arbeit bleiben gänzlich unberücksichtigt, sobald solches die Interessen des Eigentums und seiner Sicherung erfordern; vergl. L. 44. pr. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3, ferner L. 20. L. 34. Dig. de stipul. serv. 45. 3. L. 19. L. 40. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Namentlich aber L. 23. Dig. eod., wo ausdrücklich anerkannt wird, dafs nicht nur der Erwerb ex re domini, sondern auch ex operis bona fide servientis, also der freie Arbeitsverdienst, dem Herrn endgültig zufällt. Cf. auch Oertmann: Volkswirtschaftslehre d. Corp. jur., S. 75 ff.

253) Ihering: Der Zweck im Recht, S. 515 ff.

254) Darauf hat auch Sulzer hingewiesen a. a. O. S. 146 ff.

255) Diese Unzuträglichkeit hat schon Leonhard hervorgehoben — Institutionen des röm. Rechts, S. 261, Anm. 5; siehe auch Sulzer a. a. O. S. 146. 147.

256) a. a. O. S. 353. Auf die Mängel seiner Beweisführung haben bereits Sulzer a. a. O. S. 91 ff. und Czyhlarz a. a. O. S. 307 hingewiesen.

257) Vergl. Petražycki: Die Lehre vom Einkommen, B. I, S. 293.

258) cf. Sulzer a. a. O. S. 92.

259) Vergl. auch Petražycki a. a. O. B. II, S. 354. Er will in dem ganzen Quellenmaterial nur eine einzige Stelle gefunden haben, die auf reine Arbeit als Verwendung hinweist — L. 26. § 8. Dig. mandati 17. 1, aber auch dieses Fragment läfst Zweifel zu.

260) § 33. 34. Inst. de rer. div. II. 1. Hier wird vom Ersatz der Unkosten gesprochen, welche die scriptura oder pictura verursacht haben,

ebenso auch in L. 9. §§ 1. 2. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. L. 11. § 1. Cod. de rei vind. 3. 32 erwähnt als Verwendung die „sumptus“ plantationis.

261) L. 10. § 5. Dig. quibus modis usus fruct. vel usus amittitur. 7. 4.

262) Sulzer a. a. O. S. 13. War denn aber Capito der Schöpfer der sabinianischen Lehre? Das müfste zuvor noch bewiesen werden. Die Quellen erwähnen neuere Juristen — Sabinus und Cassius. Hat das nicht gerade den Anschein, als wenn jene Theorie im Gegensatz zur älteren Auffassung Labeos aufgestellt worden sei?

263) Czyhlarz a. a. O. S. 312 u. a. m.

264) Ausschliefslich die media sententia hat behandelt Sturm: Die Bedeutung der Rückführbarkeit im Archiv für die civ. Praxis, B. 72 (N. F. 22), S. 119 ff., und die Erlanger Inaug.-Dissertation von Zadig: Die Kriterien der Rückführbarkeit und des guten Glaubens in der Lehre von der Spezifikation, München, 1898. Von Fischer loc. cit. darauf aufmerksam gemacht, dafs es sich in dieser Lehre um stoische Kategorien handeln könnte, meint der Verf. S. 19: „eine Untersuchung über diesen Punkt würde zu weit führen und hätte überhaupt mehr ein antiquarisches als ein juristisches Interesse“. Bei dieser ablehnenden Haltung gegen jede Prüfung der klassischen Denkmethode mufs man freilich darauf verzichten, „die römischen Meister bei ihrer Gedankenarbeit zu belauschen“ cf. S. 46.

265) Vergl. die in Anm. 243 citierten. Der lateinische terminus technicus für *πνεῦμα* ist spiritus. Statt anderer siehe Seneca: Natural. quaest. II. 1. Sturm a. a. O. ist freilich der sehr verbreiteten Meinung, dafs es sich in der media sententia um „eine Modifikation der prokulejanischen Ansicht“ handele.

266) Chrysippus bei Stobaeus: Eklog. 374. 376, Ausg. Wachsmuth, vol. I, p. 154: *Περὶ μίξεως καὶ κράσεως·* „*Διαφέρειν γὰρ ἀρέσκει τοῖς ἀπὸ τῆς Στωικῆς αἱρέσεως παράθεσιν, μῖξιν, κρᾶσιν, σύγχυσιν. Παράθεσιν μὲν γὰρ εἶναι σωμάτων συναφὴν κατὰ τὰς ἐπιφανείας, ὡς ἐπὶ τῶν σωρῶν ὁρῶμεν, ἐν οἷς πυροί τε καὶ κριθαὶ καὶ φακοὶ καὶ εἴ τινα τούτοις ἄλλα παραπλήσια περιέχεται καὶ τῶν ἐπὶ τῶν αἰγιαλῶν ψήφων καὶ ἄμμων.*“ Die *παράθεσις* wird praktisch erläutert durch den Hinweis auf Haufen von Gerste (*κριθαί*), Linsen (*φακοί*), Sand (*ἄμμων*) und Kieseln am Meeresstrande (*ψήφων*).

267) Siehe Chrysippus ibid. 378: *Τὴν δὲ σύγχυσιν δύο (ἢ) καὶ πλειόνων ποιοτήτων περὶ τὰ σώματα μεταβολὴν εἰς ἑτέρας διαφερούσης τούτων ποιότητος γένεσιν, ὡς ἐπὶ τῆς συνθέσεως ἔχει τῶν μύρων καὶ τῶν ἰατρικῶν φαρμάκων.* Das Schulbeispiel sind hier Salben (*μύρον*) und Arzneien (*ἰατρικὰ φάρμακα*).

268) Chrysippus ibid. 376 unterscheidet *μῖξις* und *κρᾶσις*, je nachdem es sich um die Vermischung flüssiger und trockener Körper handelt: *Μῖξιν δ' εἶναι δύο ἢ καὶ πλειόνων σωμάτων ἀντιπαρέκτασιν δι' ὅλων, ὑπομενουσῶν τῶν συμφυῶν περὶ αὐτὰ ποιοτήτων, ὡς ἐπὶ τοῦ πυρὸς ἔχει*

*καὶ τοῦ πεπυρακτωμένου σιδήρου, ἐπὶ τούτων γὰρ (δι') ὅλων γίγνεσθαι τῶν σωμάτων τὴν ἀντιπαρέκτασιν. Ὁμοίως δὲ κἀπὶ τῶν ἐν ἡμῖν ψυχῶν ἔχειν· δι' ὅλων γὰρ τῶν σωμάτων ἡμῶν ἀντιπαρεκτείνουσιν, ἀρέσκει γὰρ αὐτοῖς σῶμα διὰ σώματος ἀντιπαρήκειν*, d. h. die Körper durchdringen sich gegenseitig, ohne ihre Existenz zu verlieren, wie im glühenden Eisen (*πεπυρακτώμενος σίδηρος*) die Wärme selbständig bestehen bleibt, oder wie die Seele den menschlichen Körper durchdringt, ohne in ihm aufzugehen. Weiter heifst es von der *κρᾶσις*: „*Κρᾶσιν δὲ εἶναι λέγουσι δύο ἢ καὶ πλειόνων σωμάτων ὑγρῶν δι' ὅλων ἀντιπαρέκτασιν τῶν περὶ αὐτὰ ποιοτήτων ὑπομενουσῶν· συνεκφαίνεσθαι γὰρ ἐκ τῆς κράσεως τὴν ἑκάστου τῶν συγκραθέντων ὑγρῶν ποιότητα, οἷον οἴνου, μέλιτος, ὕδατος, ὄξους, τῶν παραπλησίων.*“ Auch hier bleibt jede Substanz gesondert bestehen. Der Beweis wird dadurch geliefert, dafs trotz der Mischung nachträglich durch Sachverständige eine Scheidung vorgenommen werden kann. *Ἐὰν γοῦν σπόγγον ἠλαιωμένον καθῇ τις εἰς οἶνον ὕδατι κεκραμένον, ἀποχωρίσει τὸ ὕδωρ τοῦ οἴνου ἀναδραμόντος τοῦ ὕδατος εἰς τὸν σπόγγον.* Taucht man einen geölten Schwamm in eine Mischung von Wasser und Wein, so scheide das Wasser den Wein aus, indem es in den Schwamm hineindringe. Im allgemeinen liegt es auf der Hand, dafs die *κρᾶσις* der *σύγχυσις* eigentlich viel näher steht, als der *μῖξις*, da das Fortbestehen der flüssigen Körper trotz der Mischung doch nur eine Fiktion ist. So drückt sich Diogenes Laertius folgendermafsen aus: Vitae philosophorum VII. 151. *καὶ τὰς κράσεις δὲ διόλου γίνεσθαι καὶ μὴ κατὰ περιγραφὴν καὶ παράθεσιν· καὶ γὰρ εἰς πέλαγος ὀλίγος οἶνος βληθεὶς ἐπὶ ποσὸν ἀντιπαρεκταθήσεται, εἶτα συμφθαρήσεται*, d. h. nach dieser Darstellung geht der Wein durch die Mischung mit Wasser als solcher zu Grunde und bewahrt keineswegs seine Substanz. Darin liegt aber zugleich das charakteristische Merkmal der *σύγχυσις*. Diese Ansicht teilen auch die römischen Juristen. Obgleich sie im allgemeinen sehr darauf bedacht sind, trotz Mischung und Verbindung die Bestandteile in ihrer ursprünglichen Substanz zu erhalten, so haben sie dennoch die *κρᾶσις* ganz in gleicher Weise wie die *σύγχυσις* behandelt. Als Beispiele für ein und dieselbe Art der Verbindungen werden Salben, Arzneien (*σύγχυσις*) und Mulsum (*κρᾶσις*) nebeneinander aufgeführt. L. 7. § 7. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. cf. L. 27. eod. und L. 5. § 1. Dig. de rei vind. 6. 1. cit. Anm. 277. 280.

269) L. 5. § 1. Dig. de rei vind. 6. 1. „Sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci possit, nec communicabitur nec communi dividundo agetur, quia separari potest: agetur autem in rem actio. sed si deduci, inquit, non possit, ut puta si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum.“

270) L. 5. § 1. eod.: „utraque materia etsi confusa manet tamen . . .“

271) Vergl. über die vindicatio partis und ihre Voraussetzungen im allgemeinen L. 3. § 2. Dig. de rei vind. 6. 1: „Pomponius scribit, si quid quod

ejusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum. ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet."

272) § 28. Inst. cit. in fin. „arbitrio autem judicis continetur, ut is aestimet, quale cujusque frumentum fuerit." Eine interessante Anwendung der vindicatio quantitatis im Falle der Verbindung mehrerer Landparzellen, die nicht mehr klar von einander geschieden werden können, siehe Entscheid. des Reichsger., B. 44, S. 108 ff.

273) Nicht die *κρᾶσις* ist mit der confusio identisch, wie Göppert a. a. O. S. 80 irrtümlich meint, sondern die *σύγχυσις*.

274) L. 27. § 1. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. cit. Anm. 277.

275) L. 5. § 1. Dig. de rei vind. 6. 1.

276) L. 27. § 1. cit. Anm. 277. Die Worte „suum esse dicere" deuten auf die Vindikationsformel hin.

277) L. 27. § 1. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Pomponius libro trigensimo ad Sabinum: „Ubi simul plura contribuuntur, ex quibus unum medicamentum fit, aut coctis odoribus unguenta facimus, nihil hic suum vere dicere potest prior dominus: quare potissimum existimari, cujus nomine factum sit, ejus esse." Beide Auffassungen werden von Ulpian erwähnt L. 5. § 1. Dig. de rei vind. 6. 1. Ulpianus libro sexto decimo ad edictum: „Idem (sc. Pomponius) scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari: sed puto verius, ut et ipse significat, eius potius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet." Die Unsicherheit ist hier ganz begreiflich, da bei vermischten Flüssigkeiten von einigen die Möglichkeit einer Fortexistenz und Trennung der Bestandteile behauptet wurde. Vergl. Anm. 268.

278) So drückt sich auch Ulpian aus L. 5. § 1. cit.: „sed puto verius eius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet."

279) Gai Inst. II. 79: „extinctae res vindicari non possunt."

280) L. 5. § 1. Dig. de rei vind. 6. 1. in fin.: „sed si deduci, inquit, non possit, ut puta si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum: nec quaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est, quia utraque materia etsi confusa manet tamen." Es ist daher unrichtig, wenn Fischer a. a. O. S. 58 beim electrum eine mutatio materiae annimmt.

281) Wir hoffen, dafs durch unsere Darstellung auch mehr Klarheit in die bisher sehr verworrene Lehre vom Eigentumserwerb durch Vermischung und Verbindung gebracht wird. Über diese Frage siehe weiter unten § 5.

282) cf. S. 104 und Anm. 268.

283) Auch Zeller meint, das Sein der Eigenschaft ποιότης im Substrat falle unter den Begriff der stofflichen Mischung; cf. a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 99.

284) Eine interessante Bemerkung finden wir in den Motiven zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Grofsherzogtum Hessen vom Jahre 1841. Daselbst heifst es ad Art. 48—52 Tit. III: „Die überwiegende Mehrzahl der vorhandenen Legislationen erkennen in der Spezifikation einen Akt, durch den der Spezifikant das Produkt seiner Kraft, nämlich die Form mit dem Stoffe verbindet. Nach ihnen erscheint also die Spezifikation als eine Art der Accession und dieser natürlicheren Ansicht trat auch der Entwurf bei."

285) Paulus gehören fast alle wesentlichen Fragmente an, welche über diese Theorie handeln. cf. L. 26. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1, L. 78. § 4. Dig. de leg. 3. Das allgemeine Prinzip der media sententia enthält L. 24. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1; siehe ferner L. 88. Dig. de leg. 3. Von den früheren hat Pomponius die media sententia vertreten; L. 5. § 1. Dig. de rei vind. 6. 1.

286) L. 7. § 7. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1, § 25. Inst. de rer. div. II. 1. L. 27. § 1. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1.

287) Vergl. L. 5. § 1. Dig. de rei vind. 6. 1 und L. 27. § 1. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Auch die Beispiele, welche bei der σύγχυσις und bei der definitiven Spezifikation von den Juristen angeführt werden, stimmen überein. Hier wie dort figurieren vorzugsweise mulsum, colyrium etc.

288) Vergl. das auf S. 86 ff. Gesagte.

289) L. 13. 14. §§ 2. 3. Dig. de cond. furt. 13. 1.

290) „Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est hoc casu eum esse dominum qui fecerit: cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit."

291) Die Frage, ob Justinian im citierten Paragraphen jede Art von Verbindung im Auge hatte oder nur die nicht rückführbare, ist von jeher in sehr verschiedener Weise entschieden worden. Vergl. die ältere Litteratur bei Fitting a. a. O. S. 318. Für eine allgemeine Auffassung ist neuerdings aufser Fitting besonders Czyhlarz — a. a. O. S. 350 ff. — eingetreten; er findet aber, dafs die Auswahl der Beispiele keine glückliche sei. Der Satz besagt eben nur, dafs, wenn der Spezifikant aus fremdem und eigenem Stoff eine Sache herstellt, die zur bisherigen Gestalt nicht mehr zurückgeführt werden kann, er erst recht Eigentümer werde. Vergl. auch Sulzer a. a. O. S. 78 ff. In § 26 cod. handelt es sich aber um eine Verbindung von zwei selbständigen Gegenständen — Kleid und Unterfutter — ohne Vermischung und Vermengung. Hier kommen ganz andere Kriterien in Frage, insbe-

sondere ist in diesem Zusammenhang das Verhältnis von Haupt- und Nebensache von gröfster Wichtigkeit, siehe unten § 5 über die Accession.

292) Diese Frage hat auch Göppert — unten § 5. II. IV. Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, S. 75 ff. — auf ihren philosophischen Gehalt geprüft; da er indessen nur stoische Einflüsse berührt, so sind bei ihm die meisten Punkte unaufgeklärt geblieben. Cf. D'Ondes Rao: Dell' accessione per diritto romano, 1874.

293) Siehe Festus: „tignum junctum aedibus vineave et concapit ne solvito.“ Aus diesem polizeilichen Verbot haben die Juristen der Folgezeit einen rechtlichen Gegensatz zwischen dem dominus aedificii und dem Eigentümer des Materials geschaffen. Vergl. Czyhlarz in Grünhuts Zeitschrift, B. 21, S. 86 ff. Thur: Der Notstand im Civilrecht, S. 100 ff. Pampaloni im Archivio Giuridico v. 30, p. 254 seqq. L. 1. pr. Dig. de tigno juncto. 47. 3.

294) L. 7. pr. Dig. ad exhibendum. 10. 4: „Tigni appelatione omnem materiam in lege XI. tabularum accipimus, ut quibusdam recte videtur.“ Vergl. andere in Anm. 250 citierte Stellen. Selbst auf Thüren und Fenster, die nicht einmal in das Haus hineingebaut, sondern nur lose angehängt sein können, wird die Bestimmung durch Interpretation ausgedehnt. cf. L. 59. Dig. de rei vind. 6. 1: Julianus. Vergl. Czyhlarz a. a. O. S. 89 ff.

295) Göppert a. a. O. S. 91 betont hier den „entwickelten Respekt vor dem Eigentum, wie ihn namentlich das ältere römische Recht zeigt.“ Auch spätere Gesetze gewähren allen privaten wie öffentlichen Bauten einen besonderen Schutz. Diesem Zwecke diente ein SClt. zur Zeit der Konsuln Aviola und Pansa, welches verbot Bestandteile von Häusern gesondert zu vermachen. L. 41—43. Dig. de leg. 1.

296) Vergl. L. 6. Dig. ad exhibendum. 10. 4. L. 7. §§ 1. 2. Dig. eod. L. 23. § 5. Dig. de rei vind. 6. 1. Diese Stellen sollen späterhin eingehend besprochen werden.

297) Wahrhaftes „Sein“, lehrt Aristoteles, kommt nur zu: „*τὸ οἰκεῖον ἔργον ἀποτελεῖν δύναται*“, während die blofsen Teile eines Körpers, welche hierzu nicht im im stande sind, wie z. B. der abgetrennte Fufs, die Hand nur *ὕλη* sind. Sie gelten nur potentiell — *δυνάμει* — nicht aktuell — *ἐνεργείᾳ* — als Sachen . . . *τά τε μόρια τῶν ζῴων· οὐθὲν γὰρ κεχωρισμένον αὐτῶν ἐστίν· ὅταν δὲ χωρισθῇ, καὶ τότε ὄντα ὡς ὕλη πάντα, καὶ γῆ καὶ πῦρ καὶ ἀήρ.* Metaphysik VI. 16, p. 1040. b. 6. Im weiteren wird dann auseinandergesetzt, wie blofs diejenigen Teile, z. B. eines lebenden Körpers, als selbständige *οὐσία* gelten können, die ein eigentümliches Lebensprinzip haben und deshalb zerschnitten fortleben. Solcher Wesen thut Aristoteles nicht selten Erwähnung. Wie wir im Text interpretiert die citierte Stelle des Aristoteles auch Bäumker a. a. O. S. 258.

298) L. 26. pr. Dig. cit. auf S. 114. 115.

299) Das *ποῖον* — qualitas — entspricht nach Trendelenburg a. a. O. S. 222 dem aristotelischen *εἶδος*. Diese Auffassung wird auch von Zeller

gebilligt a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 98; vergl. oben Anm. 205. Die Darstellung des Paulus bestätigt die Richtigkeit jener Voraussetzung.

300) Metaphysik V. 2, p. 1013. a. 25. *αἴτιον λέγεται ἕνα μὲν τρόπον ἐξ οὗ γίγνεταί τι ἐνυπάρχοντος, οἷον ὁ χαλκὸς τοῦ ἀνδριάντος καὶ ὁ ἄργυρος τῆς φιάλης, καὶ τὰ τούτων γένη* oder ibid. V. 3, p. 1029. a. 4. *λέγω δὲ τὴν μὲν ὕλην οἷον τὸ χαλκόν, τὴν δὲ μορφὴν τὸ σχῆμα τῆς ἰδέας, τὸ δ' ἐκ τούτων τὸν ἀνδριάντα τὸ σύνολον.* ebenso V. 10, p. 1035. a. 6, wo es gleichfalls heifst, das Erz sei „*μέρος τοῦ μὲν συνόλου ἀνδριάντος*" d. h. der konkreten Bildsäule. Das Silber ist die stoffliche Ursache der Schale — *τῆς φιάλης* — ibid. V. 2, p. 1013. a. 25. Von der Bettstelle ist die Rede in de partibus animalium I. 1, p. 640. b. 23. Hier wird die Entstehung dieser Kunstsache aus dem wesenlosen Stoff durch die Thätigkeit des Zimmermanns mit der Entwickelung des Tieres verglichen. Vergl. auch Physik I. 7, p. 191. a. 9. II. 1, p. 193. a. 14. 34. Das Beispiel des Hauses, mit seiner Entstehung durch die Verbindung verschiedener wesenloser Stoffe wird gleichfalls häufig wiederholt Metaphysik VII. 2, p. 1043. a. 8; das Haus wird definiert als eine auf bestimmte Art liegende Menge von Steinen und Hölzern: *οἷον εἰ . . . δέοι ὁρίσασθαι . . . οἰκίαν πλίνθους καὶ ξύλα ὡδὶ κείμενα.* Erst das Gebäude verleiht diesen wesenlosen Bestandteilen Realität. Vergl. De partibus animalium I. 5, p. 645. a. 34, ferner ibid. II. 1, p. 646. a. 27, woselbst es heifst, dafs ein Haus nicht der Ziegel und Steine wegen bestehe, sondern diese erst im Hause zur Wirklichkeit gelangen. Der Zeit nach sei der Stoff zwar das erste, dem Begriff nach aber gehe das Wesen und die Form vor. Daher enthalte der Begriff des Häuserbauens das Haus, nicht aber der Begriff des Hauses denjenigen des Häuserbauens. Vergl. auch Physik I. 4, p. 188. a. 15, 7, p. 190. b. 8, II. 9, p. 200. a. 26.

301) Vergl. oben S. 24.

302) L. 30. § 1. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3: „Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset, nihilo minus eum usucapturum, si aedificium possedisset." Indem Labeo hiermit eine gewisse Konzession zu Gunsten der Ersitzung verbauten Materials befürwortet, leugnet er zugleich indirekt den sofortigen Erwerb durch Verbindung.

303) Dafs es sich in dieser Stelle nur um die Darstellung metaphysischer Kategorien handelt, wird heute von niemand mehr bestritten; cf. Göppert: Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, S. 10 ff. Vergl. auch oben S. 49.

304) In der Zeitschrift für Rechtsgesch., rom. Abteil., B. 13, S. 218.

305) Dieser Widerspruch ist schon Bechmann aufgefallen: Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession und von der Sachgesamtheit, S. 38.

306) Arg. L. 23. § 5. Dig. de rei vind. 6. 1. L. 27. § 2. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. In beiden Stellen wird Cassius von verschiedenen Autoren als Träger einer besonderen Auffassung genannt; die L. 27. § 2 cit. entstammt überdies dem Sabinuskommentar des Pomponius. Beide Fragmente sind abgedruckt in Anm. 312.

307) Über die actio ad exhibendum siehe unten § 19.

308) L. 6. Dig. ad exhibendum. 10. 4. Paulus libro quarto decimo ad Sabinum: „Gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest: aliter atque in tigno juncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret."

309) Vergl. unsere Bemerkungen auf S. 101.

310) Vergl. oben S. 104 ff.

311) Siehe Göppert: Über die Bedeutung von ferruminare und adplumbare in den Pandekten und Pampaloni: Sopra il significato delle parole ferruminare ed adplumbare nelle Pandette im Archivio Giuridico v. 23, p. 223 seqq. Czyhlarz — Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession nach römischem Recht, S. 5 ff. — hat die archäologischen Gesichtspunkte wieder in den Vordergrund gestellt und es versucht, damit neues Licht über die Accessionslehre zu verbreiten.

312) Die ganze in diesem Zusammenhang sehr wichtige Stelle lautet: L. 23. § 5. Dig. de rei vind. 6. 1. Paulus libro vicensimo primo ad edictum: „Item quaecunque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. dicit enim, si statuae suae ferruminatione junctum bracchium sit, unitate majoris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est . . .: nam si statuae meae bracchium alienae statuae addideris, non posse dici bracchium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur." Vergl. damit auch L. 27. § 2. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Pomponius libro trigensimo ad Sabinum: „Cum partes duorum dominorum ferrumine cohaereant, hae cum quaereretur utri cedant, Cassius ait pro portione rei aestimandum vel pro pretio cujusque partis. sed si neutra alteri accessioni est, videamus, ne aut utriusque esse dicenda sit, sicuti massa confusa, aut ejus, cujus nomine ferruminata est. sed Proculus et Pegasus existimant suam cujusque rem manere." Von besonderem Interesse ist hier die verschiedene Behandlung der massa confusa durch Cassius und die peripatetischen Prokulianer. Während ersterer nur die Verschmelzung des gleich-

artigen Stoffes berücksichtigt und dementsprechend die Rechtsfrage stellt, beurteilen letztere den Fall von dem Gesichtspunkt aus, daſs hier ein prävalierendes εἶδος mangelt, und deshalb eine rechtliche Wirkung nicht eintreten könne. Das Eigentümliche der Cassianischen Theorie hat auch schon Girtanner wahrgenommen in Iherings Jahrb., B. 3, S. 180 ff.

313) Das die Gleichartigkeit der verbundenen Stoffe nach Ansicht der Juristen für die ferruminatio entscheidend war, unterliegt gar keinem Zweifel, cf. L. 27. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1: „Quidquid infecto argento alieni argenti addideris, non esse tuum totum argentum fatendum est: at contra si tuum scyphum alieno plumbo plumbaveris alienove argento ferruminaveris, non dubitatur scyphum tuum esse" . . Also wenn an den silbernen Becher etwas aus Silber angeschmiedet wird und nicht mit Blei angelötet, so heiſst das gleichfalls ferruminare.

314) L. 23. § 5. Dig. 6. 1. cit.: „et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse."

315) L. 27. § 2. Dig. 41. 1. cit. Anm. 312. Vergl. insbesondere die Worte: „Cum partes duorum dominorum ferrumine cohaereant, hae cum quaereretur utri cedant" . . .

316) S. 106 ff.

317) L. 27. § 2. cit. Anm. 312. Unrichtig ist es u. E., wenn Göppert: Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, S. 43, die Vermutung ausspricht, die römischen Juristen hätten bei Ungleichheit der Bedeutung der beiden Teile für das entstandene Ganze eine Absorption des geringeren Teiles durch den gröſseren Teil angenommen, so daſs die durch Verbindung erzeugte einheitliche Sache identisch war mit ihrer major pars. Hier ist vor allem, wie in unserem Text geschieht, der metaphysische Vorgang strengstens von seinen juristischen Konsequenzen zu scheiden. Maſsgebend ist die ἕξις der neuen, durch Verschmelzung entstandenen Einheitssache, welche von den ἕξεις der Bestandteile ganz verschieden sein kann. Daher auch, wenn wir uns so ausdrücken dürfen, die Ratlosigkeit der Juristen, wie die rechtliche Stellung dieses neuen Objekts zu regeln sei. Soweit die Metaphysik reicht, herrscht Klarheit und Sicherheit, bei den juristischen Folgerungen beginnt das unsichere Tasten.

318) Das hat auch schon Ermann vermutet a. a. O. S. 218. Vergl. überdies Czyhlarz: Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession, S. 9.

319) L. 23. § 5. Dig. de rei vind. 6. 1. . . . „non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit."

320) Vergl. statt anderer Göppert: Über die Bedeutung von ferruminare und adplumbare in den Pandekten, S. 31 ff., wo diese Frage besonders ausführlich erörtert wird.

321) L. 23. § 4. Dig. de rei vind. 6. 1. . . . „in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit."

322) Grundlegend auch für die spätere Auffassung sind vor allem folgende Sätze: L. 7. § 1. Dig. ad exhibendum. 10. 4. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum: „Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit), quamvis tunc civiliter non possideas. § 2. Idem etsi armario vel navi tabulam meam vel ansam scypho junxeris vel emblemata phialae, vel purpuram vestimento intexeris, aut bracchium statuae coadunaveris." Dasselbe sagt Paulus libro quarto decimo ad Sabinum L. 6. Dig. eod.: „Gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest." Cf. den Anfang von L. 23. § 5. Dig. 6. 1. cit. Anm. 312. Man vergleiche mit diesen Beispielen die in L. 26. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1 aufgezählten ganz übereinstimmenden Fälle, in denen die peripatetischen Rechtslehrer zu einem ganz anderen Schlusse gelangen; siehe S. 114 ff.

323) L. 23. § 4. Dig. de rei vind. 6. 1. Paulus libro vicensimo primo ad edictum . . . . „mea res per praevalentiam alienam rem trahit, meamque efficit." Vergl. auch Seneca: Naturales quaestiones, II, 2. „Unitas est sine commissura continuatio."

324) L. 23. § 2. Dig. eod.: „Si quis rei suae alienam rem ita adjecerit, ut pars ejus fieret."

325) L. 23. § 5. in fin. Dig. eod. . . . „nam si statuae meae bracchium alienae statuae addideris, non posse dici bracchium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur." Vergl. auch L. 14. Dig. de auro argento 34. 2. Pomponius libro quinto ad Sabinum: „Si statuam legavero et postea ex alia statua bracchium ei adiecero, omnimodo statua a legatario vindicari potest."

326) L. 19. § 20. Dig. de auro argento 34. 2: „Secundum haec sive gemmae sint in aureis vasis sive in argenteis, auro argentove cedent, quoniam hoc spectamus, quae res cujus rei ornandae causa fuerit adhibita, non quae sit pretiosior." Cf. § 26. Inst. II. 1 und L. 34. pr. Dig. de contr. empt. 18. 1.

327) Die ἕξις des Hauses oder Schiffes absorbiert und vernichtet das verbaute Material völlig. Letzteres ist beim Verkauf der Hauptsache nicht einmal Vertragsobjekt und kann auch nicht evinciert werden; vergl. L. 36. Dig. de evictionibus. 21. 2. Paulus libro vicesimo nono ad edictum: „Nave aut domu empta singula caementa vel tabulae emptae non intelleguntur ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor quasi evicta parte."

328) L. 19. § 13. Dig. de auro argento 34. 2. Ulpianus libro vicesimo ad Sabinum: „Perveniamus et ad gemmas inclusas argento auroque. Et ait Sabinus auro argentove cedere: ei enim cedit, cujus major est species. Quod recte expressit."

329) Vergl. oben S. 107.

330) Vergl. oben S. 117. Nicht minder interessant ist es, dafs der in seiner stoischen Schulung weniger strenge Ulpian sich gelegentlich sogar der peripatetischen Terminologie bedient, so z. B. in L. 19. § 13. Dig. 34. 2. cit. in Anm. 328; „major species" ist eigentlich kein stoischer Ausdruck,

denn species ist das peripatetische *εἶδος*, major species hieſse demnach das „überwiegende *εἶδος*“. Aber auch Urteile über die Bedeutung der Form finden sich bei Ulpian, die eigentlich mit aristotelischen Ansichten übereinstimmen. Man vergl. z. B. L. 9. § 3. Dig. ad exhibendum. 10. 4. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum: „Sed si quis rem deteriorem exhibuerit, aeque ad exhibendum eum teneri Sabinus ait. sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata, veluti si ex scypho massa facta sit: quamquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur, nam mutata forma prope interemit substantiam rei.“ Das ist nicht streng stoisch gedacht, denn nach Zeno dauert die *οὐσία*-substantia auch trotz Änderung der Formen weiter fort. Ulpians Schluſssatz ist peripatetisch und das abschwächende „prope“ ist nur ein Beweis dafür, daſs er über die Bedeutung seines Schlusses nicht ganz sicher ist; vergl. Anm. 48. Eine solche Berührung der Stoiker mit dem Gedankenkreise des Aristoteles wird übrigens direkt durch dasjenige bestätigt, was uns die Geschichte der Philosophie über die späteren Schicksale und Beziehungen der verschiedenen Schulen zu einander berichtet. Siehe namentlich Bäumker a. a. O. S. 296 ff. sowie 326 ff.

331) L. 26. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. L. 23. § 2. Dig. de rei vind. 6. 1.

332) L. 7. § 2. Dig. ad exhibendum. 10. 4. cit. Anm. 322.

333) L. 61. Dig. de rei vind. 6. 1. und L. 26. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. cit. S. 114.

334) L. 26. pr. Dig. 41. 1. cit. Die gleiche Auffassung bestätigt L. 21. § 4. Dig. de furtis. 47. 2: „Sed si ansam in poculo suam putavit vel vere fuit, totius poculi eum furtum facere Pomponius scripsit.“ Daſs der Dieb am Griff oder Henkel des Pokals Eigentum besessen hatte, ist gleichgültig, weil eben nach der Accessionstheorie dieser Henkel nicht mehr existiert. Bei der Schätzung des duplum oder quadruplum nach Anstellung der actio furti wird somit der Wert des Pokals ohne Abzug dessen, was etwa der Henkel gekostet hätte, zu Grunde gelegt. Cf. L. 23. § 3. Dig. de rei vind. 6. 1.

335) § 26. Inst. de rer. div. II. 1.

336) L. 7. § 10. in fin. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Gajus libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum: „ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere.“ Cf. den fast gleichlautenden § 29. in fin. Inst. de rer. divis. II. 1, ferner auch L. 23. § 7. Dig. de rei vind. 6. 1. cit. Anm. 337 und L. 7. § 2. Dig. de except. rei judic. 44. 2. Vergl. damit besonders die Wirkung der exceptio rei judicatae bei einer Wiederholung derselben Klage, welche auf das Ganze angestellt wurde, in Bezug auf die Teile. Bei den gewöhnlichen Accessionsfällen wird der Kläger abgewiesen, das tignum und die cementa aber bleiben trotz ihrer Verbindung mit dem Gebäude selbständige Sachen und können daher nach ihrer Trennung vindiziert werden, trotzdem

der Kläger mit seinem Anspruch auf das ganze Haus schon einmal abgewiesen worden war. Vergl. unten S. 470 ff. Degenkolb: Platzrecht und Miete, S. 114. Biermann: Superficies solo cedit in Iherings Jahrb., B. 34 (N. F. 22), S. 203 ff.

337) L. 23. § 7. Dig. 6. 1. Paulus libro vicensimo primo ad edictum: „Item si quis ex alienis cementis in solo suo aedificaverit, domum quidem vindicare poterit, cementa autem resoluta prior dominus vindicabit, etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit aedificium, postquam a bonae fidei emptore possessum sit: nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat.“ Über die von Labeo befürwortete Ausnahme vergl. L. 30. pr. § 1. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3. Diese ganze Frage ist eingehend besprochen auf S. 138 ff.

338) Die betreffende Stelle in den Pandekten lautet: L. 7. § 10. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Gajus libro secundo rer. cottid. sive aureor: „Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desiit ejus dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet. appellatione autem tigni omnes materiae significantur, ex quibus aedificia fiunt. ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere.“ Gajus stellt hier beide Klagen, zunächst die actio de tigno juncto und dann noch nach Trennung des Materials vom Gebäude die rei vindicatio ohne jede Einschränkung neben einander. Justinian hat die ganze Stelle wörtlich abschreiben lassen in § 29. Inst. de rer. div. II. 1; abgesehen von einer kleinen Änderung in der Zeitfolge sind nur zwei Sätze hineingeflickt worden: Die civilpolitische Phrase: „quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit“, und sodann zwischen die Worte poterit materiae dominus und tunc (bei Gajus nunc) eam vindicare etc. der sehr wichtige Satz, auf den es hier hauptsächlich ankommt: „si non fuerit duplum jam persecutus.“ Was wollte er damit besagen? Handelt es sich hierbei um eine wirkliche Reform in dem von uns angegebenen Sinne, oder vielleicht um eine redaktionelle Ergänzung, um eine deutlichere Erklärung dessen, was bereits vor ihm immer in Übung gewesen war? Das Schweigen der klassischen Juristen über die gänzliche Ablösung der rei vindicatio durch die actio de tigno juncto, sowie die prinzipielle Wahrung der Interessen des Eigentums spricht für die Richtigkeit unserer im Text ausgesprochenen Ansicht. Dasselbe vertreten auch Thur: Der Notstand im Civilrecht, S. 104 ff. und Czyhlarz in Grünhuts Zeitschrift, B. 21, S. 102 ff. Ob und wie weit die actio de tigno juncto Deliktsklage war, lassen wir hier unerörtert, da ihr prozessualischer und rechtlicher Charakter für unsere Frage ohne Belang ist. Die an Hypothesen und unbewiesenen Vor-

aussetzungen reiche Litteratur über diese Frage findet sich recht vollständig angegeben bei Czyhlarz a. a. O. Übrigens halten auch andere Schriftsteller den erwähnten Zusatz in § 29. Inst. de rer. div. II. 1. für eine Ergänzung oder Neuerung der Kompilatoren, siehe Schöll: Legis duodecim tabularum reliquiae, S. 136. Thur a. a. O. S. 104, Anm. 3.

339) So z. B. nach prinzipieller Anerkennung der Prefsfreiheit durch Einführung besonders strenger Strafgesetze für Prefsvergehen. Der konservative Abgeordnete Triglaff-Thaden äufserte im preufsischen Landtage: „Die Prefsfreiheit ist gut, aber mit dem Galgen nebenbei."

340) Vergl. insbesondere die Zusammenstellung bei Gajus L. 7. § 10. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1: „Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. nec tamen ideo qui materiae dominus fuit, desiit ejus dominus esse": cf. § 29. Inst. II. 1. Der Hauseigentümer wird also dominus des verbauten Materials und der bisherige Eigentümer desselben bleibt es. Ebenso L. 33. Dig. de cond. ind. 12. 6. Julianus libro trigensimo nono digestorum: „sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat." Es hat jemand irrtümlich sein eigenes Material auf einem fremden Grundstück verbaut und vor Aufklärung jenes Irrtumes dieses Gebäude dem Grundeigentümer übergeben, dennoch heifst es, der Empfänger sei Eigentümer der Baumaterialien, sie könnten wegen des Irrtums nicht kondiziert werden.

341) L. 30. § 1. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3. Pomponius libro trigensimo ad Sabinum: „quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum." cf. Savigny: Besitz, Aufl. 7, § 22. Hackfeld-Pflüger: Besitz und Ersitzung von Teilen einer Sache, S. 25.

342) Das ist in den Quellen gerade hinsichtlich dieses Beispiels ausdrücklich anerkannt: L. 6. Dig. ad exhibendum. 10. 4. Paulus libro quarto decimo ad Sabinum: „Gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest."

343) L. 7. § 1. Dig. eod. tit.

344) Vergl. oben S. 130 u. 131. Diese verschiedene Auffassung der Verjährung ist klar ausgesprochen in L. 30. pr. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3. Für das *ἡνωμένον* ist die Einheit der *ἕξις* entscheidend; Sext. Empiricus: Adv. math. 9. 78. *ἡνωμένα μὲν οὖν ἐστι τὰ ὑπὸ μιᾶς ἕξεως κρατουμένα, καθάπερ φυτὰ καὶ ζῷα.* Daher sagt auch Pomponius loc. cit.: „primum genus (d. h. *ἡνωμένον*) usucapione quaestionem non habet, secundum et tertium (d. h. *συνημμένον* und corpus quod ex distantibus constat) habet." Die „quaestio" wird dadurch kompliziert, dafs die stoische Lehre selbst für die *συνημμένα* einen verschiedenen Mafsstab hat. Übrigens bemerkt

schon Göppert: Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, S. 43, mit Recht, dafs es nicht zu ermitteln sei, unter welchen Voraussetzungen die Stoiker aus künstlichen Vereinigungen ἡνωμένα haben hervorgehen lassen. Wir wissen jetzt, dafs die Schwierigkeit in den verschiedenen Richtungen der Stoa selbst lag. Jede dieser Richtungen für sich bot aber hinreichende Klarheit.

345) Vergl. L. 26. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. cit. S. 114. Dafs für die Behandlung verbauten Materials die XII Tafeln mafsgebend sind, haben schon Savigny: Besitz, Aufl. 7, § 22, S. 268; Hölder im Archiv für die civ. Praxis, B. 61, S. 285 ff.; Pape in der Zeitschrift f. Civilr. u. Prozefs, N. F. B. 4, S. 241 bestätigt.

346) Verschiedene Kombinationen siehe bei Hruza: Der Sachbesitzerwerb corpore et animo in Grünhuts Zeitschrift, B. 24, S. 291 ff.; vergl. auch Kohler: Zur Lehre von den Pertinenzen in Iherings Jahrb., B. 26, S. 63. Im übrigen mufs man die Stelle genau so verstehen, wie sie lautet; es ist in ihr von verbautem Material schlechthin die Rede, für besondere Verbindungsarten spricht nichts, cf. Czyhlarz: Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession, S. 47. Eisele: Civilist. Kleinigkeiten in Iherings Jahrb., B. 24, S. 509 ff., hat für den Zeitraum von 10 Tagen eine besondere Erklärung: „um die Sache zur litis contestatio zu bringen, bedurfte es mindestens und unter allen Umständen eines Zeitraumes von 10 Tagen.“ Womit die 10 Tage ausgefüllt wurden, wird dann weiter ausgeführt. Es kann sein, dafs Eisele Recht hat.

347) Cf. L. 26. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. cit. S. 114. „aedificio cementum cedit.“

348) L. 30. § 1. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3: „nihilo minus eum usucapturum, si aedificium possedisset.“

349) Dieses Moment ist von Czyhlarz erwähnt: Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession, S. 44; ferner von Eisele a. a. O. S. 521 und von Pampaloni a. a. O. v. 34, p. 155 seqq.

350) Die gleiche Begriffsbestimmung finden wir bei Venulejus: L. 8. Dig. quod vi aut clam. 43. 24: „Ceterum per se tegulae non possidentur, sed cum universitate aedificii, nec ad rem pertinet, adfixae sunt an tantum positae.“ Nicht also die physische Festigkeit der Verbindung, sondern der einheitliche Sachbegriff — εἶδος — oder beim Stoiker die mafsgebende ποιότης oder ἕξις hält die Gegenstände zusammen. Klein: Sachbesitz und Ersitzung, S. 457 ff. ist der Meinung, dafs die ganze Kontroverse des Javolenus auf dem Charakter der Manzipation beruhe: „Wie man mittelst Manzipation quiritarisches Recht nur am Hause, nicht aber zugleich durch die Immobilien-Manzipation quiritarisches Recht an den einzelnen Bestandteilen erwirbt, so liefs man das unter den materiellen Voraussetzungen der Manzipation hinsichtlich des Hauses begründete possidere dem manzipationsrechtlichen Vorbilde entsprechend nur als possidere des Hauses selbst gelten.“ S. 60. Zunächst

müfste noch bewiesen werden, dafs die Manzipation, wie Klein behauptet, eine „prototypische Stellung für den Sachbesitz" gehabt habe. Selbst dann aber würde dieses Vorbild nur ein weiterer Beleg dafür sein, dafs bezüglich des Hauses als eines Ganzen und der Bestandteile verschiedene Ersitzungsregeln bestanden, was wir ja ohnehin wissen.

351) Vergl. § 30. pr. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3. Pomponius libro trigensimo ad Sabinum: . . . „alterum (sc. genus corporum), quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod *συνημμένον* vocatur, ut aedificium navis armarium." Hier ist auch darauf hinzuweisen, dafs L. 30. pr. Dig. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2. nichts mit unserer Stelle gemein hat. Dort heifst es Paulus libro quinto decimo ad Sabinum: „Qui universas aedes possedit, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possedisse. idem dici debet et de nave et de armario." In der That sind hier Sachen gemeint, welche sich im Hause, Schiff oder Schrank als in einem Hohlraum befinden. Diese müssen natürlich besonders ersessen werden, und der Besitz des Hauses ist nicht identisch mit dem Besitz der in ihm befindlichen Mobilien. Darauf hat schon Czyhlarz a. a. O. S. 30 mit Recht hingewiesen. Immerhin ist es sehr möglich oder sogar wahrscheinlich, dafs Paulus und andere spätere Stoiker das Haus, Schiff oder den Schrank als *ἡνωμένον* ansahen und dementsprechend als Einheitssachen ersitzen liefsen. Vergl. den Streitpunkt auf S. 130. 131.

352) L. 23. pr. Dig. 41. 3. cit.: „absurdum est..., ut una res diversis temporibus capiatur."

353) Vergl. L. 30. § 1. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3.

354) L. 23. § 1. Dig. 41. 3: „Si autem columna evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum et eo genere rem salvam habiturum." Die Säule wurde evinciert, in Bezug auf sie wird eine besondere vindication gestattet, sie gilt also nicht als tignum junctum. Czyhlarz a. a. O. S. 36, der überhaupt das ganze Fragment anders kommentiert, legt grofses Gewicht auf eine Umstellung der einzelnen Paragraphen und will diesem § 1 den letzten Platz, gewissermafsen als Anhang des Fragments anweisen. Für eine solche Verschiebung liegt eigentlich kein rechter Grund vor. Im Gegenteil der fragliche Satz pafst gerade dorthin, wo er steht; zunächst ist hier von der rechtlichen Stellung der mit dem Hause während seines Bestandes verbundenen Materialien die Rede. Im weiteren Verlauf geht dann der Jurist zur Beurteilung der Sachlage nach Zerstörung des Gebäudes über.

355) Javolenus nennt das verbaute Material während der Zeit der Verbindung sogar „res soli". L. 23. § 2. in fin. Dig. 41. 3. cit.

356) L. 49. § 1. Dig. de rei vind. 6. 1.

357) L. 30. § 1. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3. cit. auf S. 138. Das gleiche Prinzip sanktioniert auch Julian L. 59. Dig. de rei vind. 6. 1. Julianus libro sexto ex Minicio: „Habitator in aliena aedificia fenestras et

ostia imposuit, eadem post annum dominus aedificiorum dempsit: quaero is qui imposuerat possetne ea vindicare. respondit posse: nam quae alienis aedificiis conexa essent, ea quamdiu juncta manerent, eorundem aedificiorum esse, simul atque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reverti." Der Mieter hat in das Haus auf seine Kosten neue Thüren und Fenster einsetzen lassen; es wird darauf die Frage aufgeworfen, ob nicht der Hauswirt als juristischer Besitzer des Gebäudes zugleich auch Ersitzungsbesitz an jenen Thüren und Fenstern habe? Wäre letzteres der Fall, dann könnte nach Jahresfrist das Eigentum an diesen beweglichen Sachen auf den Wirt übergehen, und der Mieter hätte trotz nachträglicher Trennung der Thüren und Fenster vom Hause sein Recht an ihnen eingebüfst. Julian verneint diese Konsequenz, indem auch er den mit dem Gebäude verbundenen Objekten vorübergehend die selbständige Existenz abspricht, und sie gewissermafsen für scheintot erklärt. Während der Dauer dieses Zustandes können sie weder besessen noch ersessen werden. Labeo verlangt bei dem gleichen Thatbestande, dafs die vom Mieter eingesetzten Thüren und Fenster zuvor vom Hause getrennt würden, ehe der Mieter sie in Anspruch nehmen darf. Die hierzu erforderlichen Handlungen könne er mit Hilfe der actio conducti durchsetzen, siehe L. 19. § 4. Dig. locati 19. 2. cit. Anm. 684.

358) Vergl. oben S. 88 ff.

359) L. 23. § 5. Dig. de rei vind. 6. 1. Paulus libro vicensimo primo ad edictum: „Item quaecumque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. dicit enim, si statuae suae ferruminatione junctum bracchium sit, unitate majoris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse . . . . ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est."

360) Vergl. oben S. 96 ff.

361) L. 9. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Gajus libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum: „Qua ratione autem plantae quae terra coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quae sata sunt solo cedere intelleguntur. ceterum sicut is, qui in alieno solo aedificavit, si ab eo dominus soli petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali, ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse poterit, qui in alienum fundum sua impensa consevit." Wörtlich gleichlautend § 32. Inst. de rer. div. II. 1. Siehe auch Gai Inst. II. 73. 74: „Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, jure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit. Multoque magis id accidit et in planta quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit."

362) L. 5. § 3. Dig. de rei vind. 6. 1. Ulpianus libro sexto decimo ad edictum: „De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.“ Vergl. damit L. 9. § 2. Dig. de damno infecto 39. 2. Ulpianus libro quinquagensimo tertio ad edictum: „ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit. sed nec ego potero tecum agere jus tibi non esse ita crustam habere, si jam cum terra mea coaluit, quia mea facta est.“ L. 3. § 3. Dig. arborum furtim caesarum. 47. 7. Ulpianus libro quadragensimo secundo ad Sabinum: . . . „recte Pomponius scripsit non posse agi de arboribus succisis, cum nulla arbor proprie dicatur, quae radicem non conceperit.“ Vergl. auch L. 12. § 11. Dig. de instruct. vel instrum. leg. 33. 7. cit. unten S. 451. Biermann: Superficies solo cedit in Iherings Jahrb., B. 34 (N. F. 22), S. 203 meint, es liege hier ein aus Accession und Spezifaktion gemischter Eigentumserwerb vor.

363) Labeo wird erwähnt zum Beginn der L. 9. § 2. Dig. de damno infecto. 39. 2. cit. Ganz im Gegensatz zur älteren Litteratur behaupten wir, dafs über die rechtlichen Wirkungen der plantatio unter den römischen Juristen keine grundsätzlichen Meinungsverschiedenheiten bestanden. Vergl. die Glosse zu L. 9. § 2. Dig. de damno infecto. 39. 23. Donellus: Comm. jur. civ., IV. 34. Schulting ad h. l. Faber: Rationalia ad Pand., ad h. l.

364) Das ist die „naturalis ratio“, welche die Juristen hier hervorheben: cf. L. 83. Dig. pro socio. 17. 2., L. 7. § 13. L. 9. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1., § 32. Inst. de rer. div. II. 1; vergl. oben Anm. 170.

365) De historia animalium. V. 1, p. 539. a. 15. Hier heifst es, dafs einige Pflanzenarten ganz direkt aus der Erde, *αὐτόματα*, sogar ohne Vermittelung des Samens entstehen. Meteorologie IV. 8, p. 384. b. 30. *ἐκ μὲν οὖν ὕδατος καὶ γῆς τὰ ὁμοιομερῆ σώματα συνίσταται, καὶ ἐν φυτοῖς καὶ ἐν ζῴοις*, . . . Von den sog. *ὁμοιομερῆ*, d. h. den aus gleichartigen Teilen zusammengesetzten Körpern wird weiter unten die Rede sein, S. 438 ff. Das Wasser vermittelt die Ernährung der Pflanzen — Genesis animalium III. 2, p. 753. b. 25. *δεῖ γὰρ τὴν τροφὴν σωματώδη οὖσαν ὑγρὰν εἶναι καθάπερ τοῖς φυτοῖς*, . . Siehe auch De respiratione 13. 14, p. 477, a. 27, sowie b. 23. *εἰ οὖν ὕλη πᾶσι τοῖς σώμασι τὸ ὑγρὸν καὶ τὸ ξηρόν, εὐλόγως τὰ μὲν ἐξ ὑγροῦ καὶ ψυχροῦ συστάντα ἐν ὑγροῖς ἐστί, καὶ εἰ ψυχρά, ἔσται ἐν ψυχρῷ, τὰ δ' ἐκ ξηροῦ ἐν ξηρῷ. διὰ τοῦτο τὰ δένδρα οὐκ ἐν ὕδατι φύεται, ἀλλ' ἐν τῇ γῇ.* Ähnlich Genesis animalium III. 11, p. 761. a. 29 und Historia animalium VIII. 19, p. 601. b. 11. Vergl. auch Theophrast: De historia plantarum, lib. I. idem: De causis plantarum, lib. I, cap. 1 erstreckt den Ursprung aus der Erde sogar auf gewisse Tiere. Die Wurzel wird mit dem Magen der Tiere verglichen bei Aristoteles: De partibus animalium IV. 10, p. 686. b. 35. *αἱ ῥίζαι στόματος ἔχουσι δύναμιν*

366) L. 3. § 3. Dig. arborum furtim caesarum. 47. 7. Ulpianus libro quadragensimo secundo ad Sabinum: „recte Pomponius scripsit non posse agi de arboribus succisis, cum nulla arbor proprie dicatur, quae radicem non conceperit.“

367) L. 7. § 13. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1: Gajus libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum: „Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit: ex diverso si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit: si modo utroque casu radices egerit: antequam enim radices ageret, illius permanet, cujus et fuit. his conveniens est, quod, si vicini arborem ita terra presserim, ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem: rationem enim non permittere, ut alterius arbor intellegatur, quam cujus fundo radices egisset. et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est.“ Fast wörtlich ebenso § 31. Inst. de rer. div. II. 1; ähnlich L. 22. pr. Dig. quod vi aut clam. 43. 24 und namentlich L. 83. Dig. pro socio. 17. 2 cit. S. 151. Über diese Stellen giebt es eine recht umfassende Litteratur; vergl. Gesterding: Lehre vom Eigentum, S. 237 ff.; Sell: Die röm. Lehre der dinglichen Rechte, S. 264; Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, B. 1, § 329, Anm. 2; Göppert: Über die organischen Erzeugnisse S. 153 ff.; doch stehen alle diese Schriftsteller unserer Lösung der Frage fern.

368) Von der Erdscholle ist in L. 9. § 2. Dig. de damno infecto. 39. 2. die Rede, vom Stein in L. 19. pr. Dig. communi dividundo. 10. 3, L. 83. Dig. pro socio. 17. 2. und in L. 8. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1.

369) L. 40. Dig. de act. empt. vend. 19. 1. Pomponius libro trigesimo primo ad Quintum Mucium: „arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit: sed ex empto habet actionem.“ Entgegengesetzter Ansicht ist freilich Schulin: Über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio, S. 90 ff. Vergl. auch Ferrini: Appunti sulla dottrina della specificazione im Bulletino dell' istituto di diritto Romano. 1889. S. 191.

370) L. 5. § 3. Dig. de rei vind. 6. 1: „nam si nondum coaluit, mea esse non desinet“, ebenso L. 26. § 1. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. cit. Anm. 371, „arbor ... priusquam coaluerit, prioris domini est.“

371) L. 26. § 1. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Paulus libro quarto decimo ad Sabinum: „Arbor radicitus eruta et in alio posita priusquam coaluerit, prioris domini est, ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam.“ Das credibile est etc. ist eine interessante Wendung. Die Worte lassen erkennen, daſs der Jurist hier entweder unter dem Einfluſs einer Wissenschaft steht, in deren Lehren er sich keine unbedingte Sachkenntnis beimiſst, oder daſs er ein System anerkennt, welches sonst im allgemeinen für ihn keine untrügliche Beweiskraft besaſs. Er hält, obgleich

er Stoiker ist, die Lehren des Aristoteles über das Wesen und die Umwandlung der Pflanze für glaubwürdig. Die Betonung des Stofflichen mufste überdies für den Stoiker Paulus besondere Überzeugungskraft haben. Ebenso vergl. L. 7. § 2. Dig. eod. tit. 41. 1. Trotz dieses allgemeinen Prinzips wird die Eigentumsfrage dadurch nicht berührt, dafs z. B. der auf meinem Grundstück stehende Baum Ausläufer seines Wurzelsystems auf fremden Boden ausstreckt und gewissermafsen von der Erde des Nachbars nascht. Das bewirkt nach Auffassung der römischen Juristen keinen Stoffwechsel; siehe L. 6. § 2. Dig. arborum furtim caesarum. 47. 7. Pomponius libro vicensimo ad Sabinum: „Si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit, agere autem licebit non esse ei jus (sicuti tignum aut protectum) inmissum habere. si radicibus vicini arbor aletur, tamen ejus est, in cujus fundo origo ejus fuerit.“ Wie L. 7. § 2 cit. auch § 21. Inst. de rer. div. II. 1: „vicini fundo adquisitae esse.“ Cf. Landucci: L'aluvio im Archivio giuridico. v. 31, p. 180 seqq.

372) L. 7. § 13. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. cit. Anm. 367.

373) Die Grenzlinie hat keine Bedeutung mehr. Nach seiner Abtrennung wird das Gewächs eine selbständige Sache, man sucht daher ein neues Teilungsprincip; cf. Anm. 367.

374) Vergl. oben S. 106 und bes. Anm. 277, ferner S. 124 ff.; ebenso entscheidet Paulus denselben Fall in L. 19. pr. Dig. communi dividundo. 10. 3: „ita arbor et lapis separatus a fundo confundit jus dominii.“

375) Paulus libro sexto ad Sabinum: „Arbor quae in confinio nata est, item lapis qui per utrumque fundum extenditur quamdiu cohaeret fundo, e regione cujusque finium utriusque sunt nec in communi dividundo judicium veniunt: sed cum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet et veniet in communi dividundo judicium: nam quod erat finitis partibus, rursus confunditur. qua re duabus massis duorum dominorum conflatis tota massa communis est, etiamsi aliquid ex prima specie separatum maneat: ita arbor et lapis separatus a fundo confundit jus dominii.“ Über den Unterschied zwischen dieser Entscheidung und l. 83. Dig. pro socio. 17. 2 vergl. auch Anm. 368.

376) L. 18. § 3. Dig. de pigneraticia actione 13. 7. Paulus libro vicensimo nono ad edictum: „Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignori Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud navis: et ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait: quaeque ex silva facta natave sint.“ Vergl. hierüber Ferrini: Appunti sulla dottrina della specificazione im Bullettino dell' istituto di diritto romano. 1889. S. 205.

377) Libro primo manualium in L. 83. Dig. pro socio. 17. 2, libro sexto ad Sabinum in L. 19. pr. Dig. communi dividundo. 10. 3 und libro vicensimo nono ad edictum L. 18. § 3. Dig. de pigneraticia actione 13. 7.

378) Das wäre derselbe Standpunkt, welchen das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich einnimmt. Vergl. § 923. Abs. 1: „Steht auf der

Grenze ein Baum, so gebühren die Früchte und, wenn der Baum gefällt wird, auch der Baum den Nachbarn zu gleichen Teilen."

379) Über diese Frage existiert eine recht bedeutende Litteratur, vorherrschend polemischen Charakters. Den im Texte vertretenen Standpunkt haben, freilich mit anderen Gründen, verteidigt Dernburg: Pandekten, B. 1, § 76, Anm. 4; sodann Eisele: Civilistische Kleinigkeiten in Iherings Jahrb., B. 31 (N. F. 19), S. 360 ff., vergl. damit auch den Aufsatz desselben Schriftstellers im Archiv für die civ. Praxis, B. 84, S. 305 und Czyhlarz in Grünhuts Zeitschrift, B. 21, S. 512 ff. Steinlechner: Das Wesen der juris communio, Abteil. 1, S. 42 ff. — erklärt schlechtweg, die Teilbarkeit in partes pro diviso müsse bei beweglichen Sachen geleugnet werden. Seine Auffassung begründet er mit der Unmöglichkeit eines Besitzes an solchen „partes". Freilich L. 83. Dig. pro socio hat er gar nicht berücksichtigt, was ihm Eck in der Krit. Vierteljahrsschrift, B. 19, S. 225 zum Vorwurf macht. Auch Vangerow leugnet, dafs in L. 83. cit. von einer Teilung in partes pro diviso die Rede sei, siehe Lehrbuch der Pandekten, B. 1, § 329, Anm. 2. Vergl. auch Schmid: Handbuch, S. 155 ff. und Unger: System des österr. Privatrechts, B. 1, § 51, Anm. 19. Letzterer spricht sich freilich nicht sehr bestimmt aus, sondern konstruiert die partes pro diviso für den Fall, wo eine ganze Sache nach ihrer Teilung immer noch ein Ganzes auszumachen scheint; hier gelten auch die getrennten Teile für die juristische Auffassung als vereint. Dafs partes pro diviso in Bezug auf bewegliche Sachen an sich denkbar wären, hat dagegen eine Reihe neuerer Schriftsteller behauptet, zunächst Wächter im Archiv für die civ. Praxis, B. 27, S. 158 ff., 180 ff., sodann Sintenis: Civilrecht, B. 1, S. 436, Anm. 83. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Aufl. 8, B. 1, § 142, Anm. 4. Eck a. a. O. S. 225 ff. Regelsberger: Pandekten, § 101, Anm. 3. Randa: Das Eigentumsrecht nach österr. Recht, S. 210, Anm. 6. In früherer Zeit hat denselben Standpunkt auch schon Accursius vertreten in der Glosse ad l. 19. pr. Dig. com. div. 10. 3 und ad l. 36. Dig. de serv. praed. urb. 8. 2, wogegen Cujacius sehr heftig opponiert, da es sich in beiden Fällen um Immobilien handele, die nach partes pro diviso besessen würden, vergl. Commentarius ad l. 8. Dig. de rei vind. 6. 1. Was in dieser Polemik u. E. zutreffend und falsch ist, kann man am besten aus unserem Text ersehen.

380) L. 8. Dig. de rei vind. 6. 1.

381) a. a. O. S. 180.

382) Vergl. unsere Ausführung oben S. 119, 120.

383) Über das Verhältnis beider Klagen zu einander vergl. oben S. 105 ff.

384) Arg. L. 53. Dig. de rei vind. 6. 1. Pomponius libro trigensimo primo ad Sabinum. „Si fundi possessor eum excoluisset sevissetve et postea fundus evincatur, consita tollere non potest." Hier wird allerdings nur die Aussaat erwähnt, aber, wie wir später sehen werden, unterliegt sie ganz demselben Prinzip, derselben naturalis ratio, wie die plantatio.

385) Vergl. L. 1. § 3. Dig. de impensis. 25. 1. Hier ist von einer restauratio der oliveta rejecta oder defecta die Rede, welche zu den impensae necessariae gerechnet wird; ferner L. 3. Dig. eod. Ulpianus libro trigesimo sexto ad Sabinum: „vel si vites propagaverit vel arbores curaverit vel seminaria pro utilitate agri fecerit, necessarias impensas fecisse videbitur.“ L. 14 ibid. Ulpianus libro quinto regularum: „Impensae necessariae sunt, quibus non factis dos imminuitur, veluti aggeres facere ... arbores in locum mortuarum reponere.“

386) Arg. L. 4. Dig. de rei vind. 6. 1: „sed et furti et ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit: ita ut in ad exhibendum actione pretii ratio haberi debeat, in vindicatione vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cujus argentum pretiosius fuerat.“ Paulus vergleicht selbst den Baum auf der Grenze mit einer „massa conflata duorum dominorum“; L. 19. Dig. com. div. 10. 3 cit. Anm. 375.

387) Krüger in der Zeitschrift für Rechtsgesch., rom. Abteil., B. 12, S. 163 ff. und Ermann ibidem, B. 13, S. 213 ff. Die ältere und neuere Litteratur über diese schwierige Frage siehe bei Schulin: Über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio. S. 91 ff.

388) Schulin a. a. O. spricht hier von einer actio Publiciana, welche dem früheren Eigentümer des Baumes nach wie vor gegen jeden Besitzer zustehe. Die materiell-rechtliche Grundlage dieser Klage wird nicht erörtert.

389) Wir sind allerdings mit Ermann und Ihering durchaus der Meinung, daſs der eigentliche Zweck jener in rem actio utilis nicht „Wiedererwerb“ des Besitzes, sondern Schadensersatz war; vergl. Iherings Jahrb. B. 1, S. 141; anderer Ansicht freilich ist Schulin a. a. O. Dagegen wieder Lenel: Edictum perpetuum, S. 146, der die Formel für eine in factum concepta erklärt.

390) Bechmann: Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession, S. 27, vergl. auch Anm. 4. Die Quellen reden vom Anwachsen der Pflanzen und der Vermischung des Erdreichs, indem sie beides nebeneinander stellen, ohne das Moment der Einwurzelung irgendwie hervorzuheben: L. 7. § 2. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Gajus libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum: „Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et meo praedio attulerit, palam est eam tuam permanere. plane si longiore tempore fundo meo haeserit arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse.“ Vergl. damit § 21. Inst. de rer. div. II. 1, welche im allgemeinen mit L. 7. § 2 cit. übereinstimmt, nur zum Schluſs heiſst es hier „arbores ... adquisitae esse videntur.“ Die Kompilatoren kannten eben nicht mehr die Auffassungen der klassischen Rechtswissenschaft. Ihnen mochten in der That die Pflanzen als das einzig Wesentliche beim Erwerb des avulsum erscheinen, daher auch die Veränderung und die sprachliche Verstümmelung der Stelle des Gajus; denn es ist unlogisch den Satz mit der

Erdparzelle zu beginnen, von ihrem Zusammenhang mit dem Hauptgrundstück zu reden und die rechtliche Entscheidung auf die Bäume zu beschränken. Aber gerade durch diese Verzerrung des Gedankens wird uns dasjenige, was der klassische Jurist im Auge hatte, in seinem ursprünglichen Zusammenhang klar. Denselben Gedanken giebt wieder L. 9. § 2. Dig. de damno infecto. 39. 2 cit. Anm. 362; dazu Landucci a. a. O. p. 173 seqq.

391) Vergl. den Schlufssatz von L. 9. § 2. Dig. 39. 2. cit.

392) Über die vindicatio quantitatis vergl. oben S. 105 ff.

393) Diese allgemeine Ähnlichkeit hebt besonders Gajus hervor in L. 9. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1: „Qua ratione autem plantae quae terra coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quae sata sunt solo cedere intelleguntur.“ Wörtlich ebenso § 32. Inst. de rer. div. II. 1. Den Vergleich mit der Sklavenarbeit macht Julian libro septimo digestorum in L. 25. § 2. Dig. de usur. et fruct. 22. 1: „Bonae fidei emptor sevit et antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse: an perceptione fructus suos faciat, quaeritur. respondi: bonae fidei emptor quod ad percipiendos fructus intellegi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit: nam et servus alienus quem bona fide emero tamdiu mihi ex re mea vel ex operis suis adquiret, quamdiu a me evictus non fuerit.“ Vergl. damit die sehr bezeichnende L. 25. § 1. eod. „quod fructus qui ex fundo percipiuntur intellegi debet propius ea accedere, quae servi operis suis adquirunt, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis jus ex quo percipiuntur quam seminis, ex quo oriuntur aspicitur: et ideo nemo umquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit meum fieret.“

394) Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession, S. 17. Ähnliches haben früher behauptet Wächter: Rechtslexikon, B. 1, S. 25. Schmid: Handbuch, B. 1, S. 150. Pagenstecher: Die röm. Lehre vom Eigentum, II, S. 147. Vergl. darüber auch Biermann a. a. O. S. 170.

395) Vergl. § 28. Inst. de rer. div. II. 1. cit. oben S. 106.

396) Vergl. oben S. 106 ff.

397) Siehe L. 12. § 1. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1 cit. oben S. 104.

398) Vergl. oben Anm. 365.

399) Cf. L. 11. Cod. de rei vind. 3. 32. Impp. Dioclet. et Maximian.: „Si quis sciens agrum alienum sevit vel plantas imposuit, postquam eae radicibus terram fuerint amplexae, solo cedere rationis est. domini enim magis segetem vel plantas quam per hujusmodi factum solum suum facit. § 1. Sane eum, qui bona fide possidens haec fecerit, per doli mali exceptionem contra vindicantem dominium servare sumptus juris auctoritate significatum est.“ Dieselbe exceptio doli wird erwähnt in L. 9. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1 cit. Anm. 361. Justinian hat diese Stelle in § 32. Inst. de rer. div. II. 1. wörtlich abgeschrieben, nur in beschränkendem Sinne, wie auch Diocletian, vor dem Schluss „consevit“ die Worte „bona fide“ ein-

geschaltet. Ob in dieser ausdrücklichen Beschränkung der exceptio doli auf den gutgläubigen Besitzer eine spätere Reform zum Ausdruck gelangt, oder eine nähere Erläuterung des bereits früher herrschenden Prinzips, wird sich nicht entscheiden lassen.

400) Dieser Impensenstandpunkt wird überall streng gewahrt: L. 45. Dig. de usur. et fruct. 22. 1. Pomponius libro vicesimo secundo ad Quintum Mucium: „Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit vel ex silva caedit, non fit ejus, sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto ejus is fructus nascitur."

401) De partibus animalium I. 1, p. 640. a. 31. *ἡ δὲ τέχνη λόγος τοῦ ἔργου ὁ ἄνευ τῆς ὕλης ἐστίν.*

402) L. 23. § 3. Dig. de rei vind. 6. 1. Paulus libro vicensimo primo ad edictum: „Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae: sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest."

403) Die entgegengesetzte Auffassung jener „quidam" bringt der meist sehr unparteiische Gajus zur Darstellung. Des Gegensatzes thut übrigens auch Justinian Erwähnung: L. 9. § 2. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Gajus libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum: „Sed non uti litterae chartis membranisve cedunt, ita solent picturae tabulis cedere, sed ex diverso placuit tabulas picturae cedere." Vergl. damit Gajus: Inst. II. 78: „Sed si in tabula mea aliquis pinxerit veluti imaginem, contra probatur; magis enim dicitur tabulam picturae cedere. cujus diversitatis vix idonea ratio redditur." Justinian betont ganz besonders den Schulstreit § 34. Inst. de rer. div. II. 1: „Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere: aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulae cedere. sed nobis videtur melius esse tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere."

404) Vergl. oben S. 24.

405) Vergl. oben S. 31 ff.

406) § 34. Inst. de rer. div. II. 1 cit. Anm. 403.

407) Vergl. darüber Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 278 ff.

408) Epist. 88. (lib. XIII. epist. 3). Hier entwickelt Seneca seine Anschauungen über die freien Künste im allgemeinen. In erster Linie gebe es nur ein studium liberale — die Weisheit sapientia, alle übrigen Bestrebungen seien im Vergleich hiermit „pusilla et puerilia." Nachdem er hierauf seine Ansichten über die Grammatik, Musik, Geometrie, Mathematik und Sternkunde dargelegt hat, äufsert er sich über Malerei und Skulptur folgendermafsen: „non enim adducor, ut in numerum liberalium artium pictores recipiam, non magis quam statuarios aut marmorarios aut ceteros luxuriae ministros. aeque luctatores et totum oleo ac luto constantem scientiam expello ex his studiis liberalibus: aut et unguentarios recipiam et coquos

et ceteros voluptatibus nostris ingenia adcommodantes sua... Sed nec haec nec illa edocent aluntve virtutem . . . nam et hae viles ex professo artes, quae manu constant, ad instrumenta vitae plurimum conferunt, tamen ad virtutem non pertinent."

409) L. 40. pr. Dig. de damno infecto. 39. 2. Ulpianus libro quadragensimo tertio ad Sabinum: „Ex damni infecti stipulatione non oportet infinitam vel immoderatam aestimationem fieri, ut puta ob tectoria et ob picturas: licet enim in haec magna erogatio facta est, attamen ex damni infecti stipulatione moderatam aestimationem faciendam, quia honestus modus servandus est, non immoderata cujusque luxuria subsequenda."

410) L. 23. § 4. Dig. de rei vind. 6. 1. cit. Anm. 411 und L. 23. § 5. Dig. eod. cit. Anm. 412.

411) L. 23. § 4. Dig. de rei vind. 6. 1. Paulus libro vicensimo primo ad edictum. Nachdem in § 3 cit. Anm. 402 die bekannte stoische Theorie von der „pictura" auseinandergesetzt ist, heifst es weiter: „In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium ejus quod accesserit dare." Diese Stelle gilt also ganz besonders für den Fall der pictura.

412) Was die actio in factum betrifft, so könnte man sich in erster Linie auf L. 23. § 5. in fin. Dig. de rei vind. 6. 1. cit. Anm. 359 berufen: „ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est." Freilich, dieser Schlufssatz pafst stilistisch nicht ganz in den Zusammenhang des citierten Fragments und wird von manchen den Kompilatoren zugeschrieben. Trotzdem vermögen wir nicht einzusehen, weshalb nicht schon Paulus oder die übrigen Juristen stoischer Observanz diese Ersatzklagen sollten für zulässig gehalten haben. Grundsätzlich hat Paulus die Verpflichtung zur Entschädigung anerkannt in L. 23. § 4. Dig. 6. 1. cit. Auch L. 3. § 14. Dig. ad exhibendum. 10. 4. liefse sich dafür verwerthen. Es handelte sich hier also jedenfalls um „eine objektive Lage der Verhältnisse, um einen Komplex von Thatsachen", die als eine Verletzung, als ein zu beseitigender Übelstand erschienen. Mit dem jus civile hatten diese Umstände zwar nichts zu thun, weshalb aber sollte der Geschädigte nicht „in factum" intendieren? Vergl. die überzeugenden, allgemeinen Gesichtspunkte bei Pokrowsky: Die actiones in factum des klassischen Rechts in der Zeitschrift für Rechtsgesch., rom. Abteil., B. 16, S. 95 ff.; über die sog. actiones in factum civiles ibid. § 5.

413) Siehe S. 86 ff.

414) Dasselbe wiederholt Justinian § 34 in fin. Inst. de rer. div. II. 1.

415) Vergl. L. 9. § 2. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1: „ut tamen (sc. qui pinxerit) pretium tabularum inferat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio"; ebenso § 34. Inst. de rer. div. II. 1.

416) cit. Anm. 402.

417) Vergl. S. 159 und 160.

418) Die umfangreiche Litteratur über diese Klage ist sehr vollständig aufgezählt und besprochen bei Schulin: Über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio, S. 95 ff. Er selbst vertritt den Standpunkt, dafs es sich in unserem Falle um eine actio Publiciana handle, welche vom dominus tabulae gegen jeden Besitzer des Bildes angestellt werden konnte, trotzdem er aufgehört hatte quiritischer Eigentümer zu sein. Gegen den Maler habe diese Klage dann Erfolg gehabt, wenn der dominus tabulae den Wert des Gemäldes zahlte. Das setzte ihn in Stand, die exceptio justi dominii des Malers mit der replicatio doli zurückzuweisen; der Maler handle dolos, wenn er nicht dem alten Eigentümer, auf dessen Kosten er sich bereichert habe, den Wert der Tafel zu ersetzen bereit sei; cf. S. 97. Es scheint uns zweifelhaft, ob es richtig ist das „justum dominium" des Malers gegenüber der angeblichen actio Publiciana des dominus tabulae hervorzuheben. Die ganze materiellrechtliche Konstruktion ist das ausschliefsliche Werk der klassischen Juristen, die im jus civile sicherlich gar keinen Boden hatten. Daraus erklärt sich auch ihre liberale Zuwendung dinglicher Klagen an alle Geschädigten. Das ist ein Zusammenstofs des prinzipiellen oder materiellen Eigentums mit dem „meum esse" nach Prozefsrecht. Gegen Schulin Ermann a. a. O. S. 207 ff.; siehe auch Krüger a. a. O. S. 163 ff.

419) Vergl. das über diese Klage in Bezug auf die Spezifikationslehre Gesagte oben S. 91.

420) Da, wo es gilt ein Autorrecht oder das Interesse derjenigen Person zu schützen, welche die Schrift veranlafste, haben die römischen Juristen die actio in factum zugelassen. So erklärt sich die oftmals beanstandete L. 3. § 14. Dig. ad exhibendum. 10. 4. „Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Julianus tractat. servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. ait Julianus, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum: nam cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est: sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri: in factum igitur mihi actionem conpetere."

421) Kohlers Bedenken — Zur Lehre von den Pertinenzen in Iherings Jahrb., B. 26 (N. F. 14), S. 125, 126, Anm. 262 — vermögen wir nicht zu teilen. Die Römer haben den Wert der Schrift, wie L. 3. § 14. Dig. 10. 4. cit., beweist, durchaus berücksichtigt. Dem besonderen Interesse an Briefen, Tagebüchern, geheimen Aufzeichnungen etc. hätten sie mit der actio in factum Rechnung getragen, insofern es sich hier zweifellos um „eine Verletzung, um einen zu beseitigenden Übelstand handelte"; vergl. Pokrowsky a. a. O. S. 96.

422) L. 9. § 1. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Gajus libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum: „Litterae quoque licet aureae sint,

perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea quae aedificantur aut seruntur."

423) L. 9. § 1. cod.: „sed si a me petas tuos libros tuasve membranas nec impensas scripturae solvere velis, potero me defendere per exceptionem doli mali, utique si bona fide eorum possessionem nanctus sim." Ebenso Gai Inst. II. 77. und fast wörtlich übereinstimmend § 33. Inst. de rer. div. II. 1.

424) Vergl. L. 3. § 14. Dig. ad exhibendum. 10. 4. cit. Anm. 420.

425) Vergl. die speziellen Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. Dresden 1861. S. 655. 666.

426) So das preufs. Allgem. Landrecht, Teil 1, Tit. 3, § 35: „Aus unerlaubten Handlungen überkommt der Handelnde zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte." Vergl. auch Teil 1, Tit. 9, § 299. 300. Liv.-Esth.-Curländisches Privatrecht, Art. 791. Dernburg: Pandekten, B. 1, § 204, Anm. 10.

427) Das reine Eigentumsprinzip hat unter den modernen Kodifikationen nur das Österreichische Bürgerl. Gesetzbuch festgehalten. Teil 2, Hauptst. 4, § 414 bestimmt: „Wer fremde Sachen verarbeitet; wer sie mit den seinigen vereinigt, vermengt oder vermischt, erhält dadurch noch keinen Anspruch auf das fremde Eigentum." § 415 rezipiert das Prinzip der Mittelmeinung: „Ist die Zurücksetzung in den vorigen Stand oder die Absonderung nicht möglich; so wird die Sache den Teilnehmern gemein; doch steht demjenigen, mit dessen Sachen der andere durch Verschulden die Vereinigung vorgenommen hat, die Wahl frei, ob er den ganzen Gegenstand gegen Ersatz der Verbesserung behalten, oder dem andern ebenfalls gegen Vergütung überlassen wolle." Weiterhin drückt sich derselbe Paragraph etwas unbestimmt aus: „Der schuldtragende Teilnehmer wird nach Beschaffenheit seiner redlichen oder unredlichen Absicht behandelt. Kann aber keinem Teile ein Verschulden beigemessen werden, so bleibt dem, dessen Anteil mehr wert ist, die Auswahl vorbehalten."

428) Allgem. Landrecht, Teil 1, Tit. 9, § 304: „Hat jemand ohne Betrug fremde Materialien dergestalt verarbeitet, dafs dieselben dadurch ihre bisherige Form verloren, und eine neue Gestalt angenommen haben; so verbleibt die daraus entstandene neue Sache dem Verarbeitenden."

429) Allgem. Landrecht, Teil 1, Tit. 9, § 299.

430) Allgem. Landrecht, Teil 1, Tit. 9, § 300. 302.

431) Allgem. Landrecht, Teil 1, Tit. 9, § 300. 301. Vergl. Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des preufsischen Rechts, B. 7, S. 275, B. 28, S. 452.

432) Dahin gehört das badische Landrecht B. 2, Tit. 2, Kap. 2, §§ 551. 565. 570. 571. 572. 576. 577; ferner der Codice civile de Regno d'Italia, §§ 463—475.

433) Art. 571; cf. Demolombe: Cours de Code Napoléon ad art. cit. Badisches Landrecht, § 571. Codice civile, § 470.

434) Code civil, art. 576. Badisches Landrecht, § 576. Codice civile, § 474. Den Wert der Arbeit hebt namentlich Marcadé hervor: Explication du Code civil, t. II, p. 446.

435) Eine andere Meinung findet sich in den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuchs, B. 3, S. 241. Hiernach bildet das Wort „erheblich" ein Mittel, vermöge dessen man „auch im täglichen Leben ohne weiteres erkennen könne, ob die neue Sache dem Verfertiger gehöre oder nicht."

436) Das ist noch rechtzeitig hervorgehoben von Cosack: Das Sachenrecht im Entwurf, S. 33 und in Bezug auf den fraglichen Artikel scharf gerügt von Fischer a. a. O. S. 60, Anm. 1.

437) „Wenn Waren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräufsert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigentum, auch wenn der Veräufserer nicht Eigentümer war."

438) Fischer a. a. O. S. 70. Endemann: Einführung in das Studium des Bürgerl. Gesetzb., Aufl. 4, B. 2, S. 332 betont sehr richtig, dafs sich der Erwerb auf Grund eines „objektiven Thatbestandes", nicht aber eines „rechtsgeschäftlichen Willens" vollziehe.

439) Diese Schwierigkeit ist auch anderen Schriftstellern nicht entgangen; cf. Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, B. 2, S. 538.

440) Jenes Verhältnis von Unternehmer und Arbeiter ist bereits bemerkt worden von Justizrat Max Wolff in den Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Heft 8, S. 661. 662. Er bedient sich nur anderer Bezeichnungen und spricht von einer Vertretung in der Spezifikation. Nach dem Wortlaut des Art. 893 in der ersten Lesung könnte man allerdings dahin gelangen, dem Arbeiter das Eigentum an der nova species zuzusprechen, während doch zweifellos das Gegenteil hiervon beabsichtigt wurde. Darin haben auch die späteren Lesungen nichts geändert. Dasselbe bemerkten Gierke, Riess und Cosack in „der Zusammenstellung der gutachtlichen Äufserungen zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches, gefertigt im Reichs-Justizamt", B. 3, S. 174. Vergl. darüber auch Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preufsens, B. 3, S. 300. Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, B. 2, S. 137. Kuhlenbeck a. a. O. S. 540, besonders seine Ansicht über die Spezifikation als Rechtsgeschäft; siehe ferner auch Bunsen: Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch, B. 2, S. 97, endlich die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuchs, B. 3, S. 241. 242.

441) Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, B. 3, Sachenrecht, S. 361. Dieses Übergewicht der Thätigkeit, selbst wenn sie in bösem Glauben vor sich geht, betont auch Greiff:

Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in Conrads Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik, Heft 61, S. 692; siehe auch Buhl: Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B. G. B., S. 47.

442) Von der Aussichtslosigkeit jener Versuche kann sich unschwer jeder überzeugen, der die kasuistischen und willkürlichen Experimente insbesondere bei Fitting a. a. O. S. 3—25 und Czyhlarz a. a. O. S. 249 ff. einer Prüfung unterzieht. Ausgehend von der, wie wir jetzt wissen, bereits durch die Stoiker vertretenen Ansicht, dafs menschliche Thätigkeit physisch weder neue Stoffe zu schaffen, noch vorhandene zu vernichten vermag, leitet Fitting die Neuheit der Sache aus der Neuheit des Begriffes ab. Das ist aber kein absolutes Kriterium und stellt die Lösung der Frage wiederum in das Belieben des Verkehrs. Vergl. auch die überzeugende Kritik Fischers über jene Methode a. a. O. S. 62 ff.

443) Man beobachte doch nur die verzweifelten Bemühungen, alle möglichen Erscheinungen des praktischen Lebens unter gewisse Begriffsbestimmungen zu zwängen. Was sind z. B. Holzspäne, selbständige neue Sachen, etwa Zahnstocher oder Holzrester, oder Stücke zerschlagenen Holzes etc.? Cf. Hoffmann a. a. O. S. 441. Oder was ist ein Gemüsegarten, ein Grundstück schlechthin, oder ein spezifizierter Garten? Was ist ein Rübenfeld, ein Acker oder ein Gemüsegarten? Schliefslich, wie verhält es sich mit dem sog. Rollmops? Ist er noch ein Hering oder schon ein selbständiger, spezifizierter Rollmops?

444) Das hat auch Fischer mit richtigem Takt angedeutet. Er findet, dafs nach der Bestimmung des Entwurfs der Eigentumserwerb im einzelnen Falle ganz in das (subjektive) Ermessen des Richters gestellt werde. Der Spezifikationsbegriff des Entwurfes erscheine als unsicher, da das Merkmal der Neuheit, von welchem der Eigentumserwerb abhänge, nicht absolut fafsbar sei. Vergl. Sammlungen von Vorträgen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Heft 3, Sachenrecht, Berlin 1896, S. 29.

445) Auch hier ist die Fassung des Code civil, art. 576 weit zweckentsprechender. Danach hat der Stoffeigentümer wenigstens in denjenigen Fällen, wo er sein dominium in Anspruch nehmen kann das Recht, statt dessen die Wiedererstattung in gleicher Gattung, Menge, Gewicht, Mafs und Güte oder die Zahlung des Wertes zu verlangen. Demolombe a. a. O. Ebenso badisches Landrecht § 576.

446) Bei der jetzigen Fassung des § 950 erweist sich die Gleichgültigkeit gegen den bösen Glauben als fühlbarer Mangel und ist als solcher auch schon gerügt von Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preufsens, B. 3, S. 300; vergl. ferner Cosacks Ansicht in den gutachtlichen Äufserungen zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs, B. 3, S. 174 und derselbe: Lehrbuch des Deutschen Bürgerl. Rechts, B. 2, S. 137. Kuhlenbeck a. a. O. S. 540. Bunsen a. a. O. S. 97. Kaum überzeugend sind

die Ausführungen der Protokolle, B. 3, S. 241. 242, zu Gunsten des im Bürgerl. Gesetzbuch vertretenen Standpunktes.

447) Vergl. unten S. 214 ff. Mit Recht weisen die neuen Lehrbücher des bürgerlichen Rechts darauf hin, dafs Ausbessern und Reinigen eines Gegenstandes, das Dressieren von Hunden, Pferden und anderen Tieren nicht unter den Begriff der Bearbeitung falle; der Eigentümer kann hier seine Sache vindizieren. Cosack a. a. O. S. 137; siehe ähnliche Beispiele bei Endemann a. a. O. S. 332, Anm. 5.

448) Vergl. oben S. 128 ff.

449) Vergl. oben S. 112 ff.

450) Allgem. Landrecht, Teil 1, Tit. 9, § 298: „Hat jemand fremde Sachen, ohne Wissen und Willen des Eigentümers, mit der seinigen verbunden, vermengt und vermischt, so müssen auf seine Kosten, beiderlei Sachen wieder abgesondert und in den vorigen Stand gesetzt werden.“ Vergl. Koch: Allgemeines Landrecht für die preufsischen Staaten, B. 1, S. 569, N. 33. Ähnlich bestimmt das Österreichische Bürgerl. Gesetzbuch, §§ 414 u. 415, und das Bürgerl. Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, §§ 247. 249. Ebenso klar wie das Preufs. Landrecht drückt sich das Liv-, Esth- und Curländische Privatrecht, Art. 790 aus: „Können bewegliche Sachen zweier Personen, welche die eine, ohne Wissen und Willen der andern, miteinander verbunden, vermengt oder vermischt hat, wiederum abgesondert und in den vorigen Stand versetzt werden, so mufs dies auf Kosten der Schuldigen erfolgen, und es findet keinerseits eine Eigentumsveränderung statt.“ Siehe auch von Roth: Bayrisches Civilrecht, Teil 2, Abteil. 1, § 150, S. 233. Sehr radikal ist die Bestimmung des Code civil, art. 568. Hiernach kann der Eigentümer einer Sache, welche ohne sein Wissen mit einer andern verbunden wurde, jedenfalls Trennung verlangen „même quand il pourrait en résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe.“ Diese rücksichtslose Trennung kann indessen nur in dem Falle beansprucht werden: „quand la chose unie est beaucoup plus précieuse que la chose principale.“

451) Allgem. Preufs. Landrecht, Österreichisches Bürgerl. Gesetzbuch, Liv.-, Esth- Curländ. Privatrecht.

452) Bürgerl. Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

453) Code civil.

454) Ähnliches hat auch schon die frühere Praxis empfunden. Man sprach von einer Accession in dem Falle wenn „die eingefügte Sache derartig ihre Selbständigkeit verliert, dafs sie integrierender Bestandteil der andern Sache wird und als zum Inbegriff des Grundstückes oder des darauf errichteten Gebäudes gehörig betrachtet werden mufs“; cf. Seuffert: Archiv, B. 48 (N. F. 18), N. 170. Endemann a. a. O. S. 327 ff. verlangt, dafs Identität des Sachsubstrats nach den Verkehrsanschauungen vorliege.

455) Gegen diese Fassung Meischeider in den gutachtl. Äufserungen zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzb. l. c. Er wollte die Fortdauer des Eigentums nur von der Möglichkeit einer Wiederherstellung des bisherigen Zustandes abhängig machen, nicht davon, ob die Sache wesentlicher Bestandteil geworden ist.

456) Einen solchen Fall hat § 997 des Bürgerlichen Gesetzbuches im Auge. Hier ist von der Abtrennung wesentlicher Bestandteile die Rede, welche der vom Eigentümer beklagte Besitzer mit dem Streitobjekt verbunden hat. Es versteht sich von selbst, dafs er die Abtrennung nur ohne die geringste Schädigung der klägerischen Sache vornehmen darf.

457) Vergl. von Roth: Bayrisches Civilrecht, Teil 2, Abteil. 1, § 150, S. 233. Etwas unklar spricht einen ähnlichen Gedanken auch der Code civil aus. Er giebt der „chose principale“ das absolute Übergewicht. Ihr Eigentümer hat den Anspruch an das Ganze in jedem Fall. Es fragt sich, gleichviel ob die Verbindung von ihm oder von jemand anders vorgenommen wurde? Der Code beobachtet über diesen Punkt Schweigen. Von Interesse ist aber der Umstand, dafs die „partie principale“ absolut überwiegt und die „minor species“ selbst dann an sich zieht, wenn die Möglichkeit vorliegt beide Gegenstände zu trennen; siehe art. 566: „Lorsque deux choses appartenant à différents maîtres, qui ont été unies de manière à former un tout, sont néanmoins séparables, en sorte que l'une puisse subsister sans l'autre, le tout appartient au maître de la chose qui forme la partie principale“, ...

458) Bürgerl. Gesetzbuch § 949; siehe auch Cosack a. a. O. B. 2, S. 139.

459) Einige moderne Gesetzbücher sprechen allerdings schlechthin vom Miteigentum, wenigstens in dem Falle, wo die Verbindung untrennbar ist und die Gegenstände nicht im Verhältnisse von Haupt- und Nebensache zu einander stehen; vergl. das Bürgerl. Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, § 247. Der Code civil nimmt Miteigentum für den Fall an, wenn durch die Verbindung eine neue Sache geschaffen wurde „une chose d'une espèce nouvelle“ und die Scheidung nicht „sans inconvénient“ vorgenommen werden kann, cf. art. 572. 573. Viel zu kurz und kathegorisch verfährt das Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich, indem es schlechthin Miteigentum statuiert wenn „die beweglichen Sachen dergestalt miteinander verbunden werden, dafs sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden“; cf. § 947 cit. auf S. 207, ferner Dernburg: Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preufsens, B. 3, § 107, S. 296. Cosack a. a. O. B. 2, S. 138. Kuhlenbeck a. a. O. Teil 2, S. 534. Bunsen a. a. O. S. 95. Den Verhältnissen angemessener sind die Bestimmungen des Allg. Preufsischen Landrechts; hier wird nicht einmal die Möglichkeit eines Miteigentums ins Auge gefafst, vielmehr dem geschädigten Eigentümer jeder Vorschub geleistet, damit seine Befriedigung und Abfindung möglichst bald bewerkstelligt werde; vergl. Teil I, Tit. 9, § 307 ff.; anders freilich Koch: Allgemeines Landrecht für die preufsischen Staaten, B. 1, S. 570, N. 41;

Zweifel hegt Dernburg: Lehrbuch des preufsischen Privatrechts, B. 1, § 235, Anm. 10. Auch das Liv-, Esth- und Curländische Privatrecht steht auf diesem richtigem Standpunkte, vergl. Art. 792: Hiernach erhält derjenige, welcher die Verbindung ohne bösen Glauben vornahm, das Eigentum am Ganzen, „wenn derselbe unzweifelhaft das dem Werte nach meiste Material dazu beigetragen. Er mufs aber dem Eigentümer des fremden Materials, nach dessen Wahl, entweder ebensoviel Material in gleicher Art und Güte zurückgeben, oder dessen höchsten Preis zur Zeit der vorgenommenen Verbindung ersetzen, sowie den ihm etwa sonst verursachten Schaden vergüten.“ Art. 793 verfügt, dafs der Geschädigte das Recht habe „entweder das neu entstandene Ganze jenem (d. h. der die Verbindung vornahm), gegen Entrichtung der im Art. 792 angeordneten Entschädigung zu lassen, oder dasselbe sich anzueignen“, wofern der Wert des Materials, welches der die Verbindung Verursachende hinzutrug, kein überwiegender ist. Dernburg: Lehrbuch des preufsischen Privatrechts, B. 1, § 235, S. 539, Anm. 10 wirft freilich die Frage auf, wer nach dem Allgemeinen Landrecht in der Zwischenzeit bis die Entscheidung getroffen ist Eigentümer sei? Uns scheint, während der Pendenz entsteht jedenfalls Miteigentum, jedoch ein solches, dessen Schicksal ganz und gar vom Gutdünken des sog. passiven Teils abhängt, und bei dessen Auflösung die gewöhnliche Teilungsklage keine Anwendung findet. So sind gemäfs § 314 auch die Bestimmungen des Allg. Landrechts zu erklären.

460) Das Allg. Landrecht, Teil 1, Tit. 9, §§ 308 ff. — 314; es hat hiernach derjenige die Wahl „über dessen Sache solchergestalt ohne sein Zuthun verfügt wurde“; vergl. Dernburg: Lehrbuch des preufsischen Privatrechts, B. 1, § 235, S. 539; ebenso Koch a. a. O. Code civil, art. 568, hier ist von einer „chose principale“ die Rede. Nach Art. 567 ist das diejenige Sache „à laquelle l'autre n'a été unie que pour l'usage, l'ornement ou le complément de la première.“ Das Bürgerl. Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, § 247 giebt dem passiven Teil, falls er Eigentümer der Hauptsache ist, kein Wahlrecht. Das Liv-, Esth- und Curländische Privatrecht kennt in diesem Zusammenhang überhaupt keine begrifflichen, sondern nur Wertunterschiede.

461) Vergl. L. 27. § 2. Dig. de adquir. rer. dom. cit. auf S. 120: „Cassius ait pro portione rei aestimandum vel pro pretio cujusque partis.“

462) Das hat bereits der Code civil anerkannt art. 572. Hier wird „le prix de sa main-d'oeuvre“ in Betracht gezogen. Schon Justinian stand auf diesem Standpunkt § 25 in fin. Inst. de rer. div. II. 1: „cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiae praestavit.“ Vergl. Marcadé: Explication du Code civil, t. II, p. 446. 448 seqq.

463) Siehe namentlich Liv-, Esth-Curländisches Privatrecht, Art. 793.

464) Das ist der Hauptfall, welchen das Bürgerl. Gesetzbuch im Auge hat. Es wurde sogar geplant im Eingang die Worte zu setzen: „Werden

bestimmbare Mengen etc." um hervortreten zu lassen, „dafs es sich um eine abgegrenzte Menge handele, zu der bestimmte (oder bestimmbare) Beiträge von verschiedener Seite gelangt seien"; cf. Protokolle, B. 3, S. 239.

465) Allen voran geht in der Rüge des bösen Glaubens das Allg. Preufsische Landrecht. Es enthält sehr radikale Vorschriften. Zunächst hat der Geschädigte das Wahlrecht, ob er die Sache selbst behalten oder Schadensersatz für seine Verluste beanspruchen will, § 299 u. 302. Entscheidet er sich für die Annahme des Gegenstandes, so hat er dem Schuldigen „den Arbeitslohn, oder den Wert der ihm zugestandenen verbundenen, vermengten, oder vermischten Sache, nur nach dem niedrigsten, durch Sachverständige bestimmten Satze zu vergüten." Nach § 301 wird auch diese Vergütung dem Betrüger zur Strafe durch den Fiskus entrissen. Lehnt er das Eigentum am Ganzen ab, so mufs ihm der Schuldige nach § 302 den höchsten Wert seiner Sache, sowie dieselbe zwischen dem Zeitpunkte der „widerrechtlichen Anmafsung und der zugestellten Klage gewesen ist, erstatten"; § 303 räumt noch dem Verletzten einen Ersatzanspruch für jeden Schaden und entgangenen Gewinn ein. Vergl. Koch a. a. O. Dernburg a. a. O. Sehr ähnlich sind die Vorschriften des Liv-, Esth- und Curländischen Privatrechts, Art. 791: „Kann die Absonderung nicht mehr erfolgen, oder sind fremde Materialien ohne Wissen und Willen ihres Eigentümers verarbeitet worden, so ist, falls die Verbindung oder Verarbeitung im bösen Glauben geschah, der Eigentümer der verbundenen oder verarbeiteten Sache befugt, entweder die Überlassung des Eigentums der neuen Sache, ohne alle Vergütung der fremden Sache und der Arbeit, zu fordern, oder aber dem Schuldigen das Eigentum zu lassen, und seinerseits den höchsten Wert, welchen seine Sache von dem Augenblick ihrer Entziehung bis zum Tage der Zuerkennung der Erstattung gehabt hat, und überdies den Ersatz alles sonstigen Schadens und entgangenen Gewinnes zu verlangen." Der Unterschied zwischen diesem Art. und den Bestimmungen des Allgem. Landrechts besteht nur darin, dafs der Geschädigte, falls er das Eigentum am Ganzen wählt, den Schuldigen gar nichts zu vergüten braucht. Das österreichische Gesetzbuch macht zwar gleichfalls einen Unterschied zwischen bösem und gutem Glauben, drückt sich aber sehr undeutlich aus. § 415 bestimmt einfach: „Der Schuld tragende Teilnehmer wird nach Beschaffenheit seiner redlichen oder unredlichen Absicht behandelt. Kann aber keinem Teil ein Verschulden beigemessen werden, so bleibt dem, dessen Anteil mehr wert ist, die Auswahl vorbehalten." Es scheint hiernach der böse Glaube desjenigen, welcher die Verbindung vornahm, habe nur den Einflufs, dafs dem Geschädigten unter allen Umständen und ohne jede Rücksicht auf das Verhältnis der verbundenen Sachen zu einander das Wahlrecht zusteht.

466) Diese weitere Fassung der Ersatzpflicht ist von den neuen Gesetzgebern wiederholt anerkannt worden; vergl. Allg. Landrecht, § 303, Code civil, art. 577. Liv-, Esth- und Curländisches Privatrecht, Art. 791, cit. Anm. 465.

467) Physik II. 8, p. 199. a. 15. *ἕνεκα ἄρα θατέρου θάτερον. ὅλως τε ἡ τέχνη τὰ μὲν ἐπιτελεῖ ἃ ἡ φύσις ἀδυνατεῖ ἀπεργάσασθαι, τὰ δὲ μιμεῖται.* und namentlich Poetik 15, p. 1454. b. 8. Siehe Zeller: Philosophie, Teil 2, Abteil. 2, S. 764 ff. Ebenso Schasler: Kritische Geschichte der Ästhetik, S. 135 ff. Beide Schriftsteller haben verschiedene Ausgangspunkte. Schasler sucht bei Aristoteles nach einer Fassung des Schönen, während Zeller, wie es scheint mit Recht, findet, dafs die aristotelische Ästhetik, wie die platonische, nicht vom Begriff des Schönen, sondern von dem der Kunst ausging.

468) Politik VIII. 7, p. 1341. b. 36. Hier ist in erster Linie freilich von der Musik die Rede: *φαμὲν δ' οὐ μιᾶς ἕνεκεν ὠφελείας τῇ μουσικῇ χρῆσθαι δεῖν ἀλλὰ καὶ πλειόνων χάριν (καὶ γὰρ παιδείας ἕνεκεν καὶ καθάρσεως . .).* Vergl. auch Zeller a. a. O. S. 771 ff. Schasler a. a. O. S. 136 und namentlich S. 1178 ff. Über die *κάθαρσις* siehe die Untersuchung von Spengel in den Abhand. der philos.-philol. Klasse der Bayr. Akademie IX. 1, S. 16 ff.

469) Statt anderer Schasler a. a. O. S. 191 ff.

470) Winkelmann: Geschichte der griech. Kunst. Lessing: Laokoon.

471) Vergl. oben S. 175.

472) Vergl. Eduard von Hartmann: Die deutsche Ästhetik seit Kant, S. 1—14, näheres noch bei Schasler a. a. O. S. 283 ff., namentlich S. 294—326.

473) Vergl. oben S. 177, 178.

474) Hartmann a. a. O. Schasler a. a. O. S. 338 ff.

475) Aesthetica, Frankfurt, 1750—58.

476) Briefe über die Empfindungen. Berlin 1753, Brief 5.

477) Über die Populärästhetik und die in jener Richtung thätigen Schriftsteller, vergl. Schasler a. a. O. S. 469—512. Es werden dahin vor allen gerechnet: Herder, Hamann, Hirt und Göthe.

478) Kritik der Urteilskraft, I. Von der Einteilung der Philosophie (Originalausgabe S. 11. 12, Ausgabe von Bruno Erdmann, S. 7 ff.).

479) a. a. O. § 42. Vom intellektuellen Interesse am Schönen, S. 166 ff. resp. S. 139 ff.

480) a. a. O. § 45. Schöne Kunst ist eine Kunst, sofern sie zugleich Natur zu sein scheint. (Originalausgabe S. 180 ff., Ausgabe von Erdmann, S. 148.)

481) a. a. O. § 46. Schöne Kunst ist Kunst des Genies, S. 181 resp. S. 149.

482) a. a. O. § 43. Von der Kunst überhaupt, S. 176 resp. S. 145.

483) a. a. O. § 46. Schöne Kunst ist Kunst des Genies, S. 182 resp. S. 149. 150.

484) a. a. O. § 51. Von der Einteilung der schönen Künste, S. 207. 208 resp. S. 165. Auch Aristoteles — de partibus animalium I. 1, pag. 640. a. 31 cit. Anm. 401 — sagt: Die Kunst (hier die Skulptur) sei der vom Stoff freie Begriff des Werkes.

485) a. a. O. § 53. Vergleichung des ästhetischen Wertes der schönen Künste unter einander, S. 222 resp. S. 173. 174.

486) Vergl. Schasler a. a. O. S. 830.

487) Vergl. Hartmann a. a. O. S. 24—27. Schasler a. a. O. S. 585 ff.

488) Vergl. Hartmann a. a. O. S. 129 ff. über Trahndorff. Schasler a. a. O. S. 769 ff.

489) Vergl. Hartmann a. a. O. S. 27 ff. Schasler a. a. O. namentlich S. 829 ff.

490) Vergl. Hartmann a. a. O. S. 87 ff. über Weisse und an andern Stellen, ebenso Schasler a. a. O. S. 978 ff.

491) Vergl. Hartmann a. a. O. S. 44 ff. Schasler a. a. O. S. 1120 ff.

492) Einwände hat namentlich Hartmann erhoben a. a. O. S. 212 ff. Sehr bezeichnend ist folgende Definition Vischers: Ästhetik, Teil 3, § 492: „Der Künstler behält sein Bild auch in und nach der Ausführung als inneres, aber es wächst und vollendet sich eben mit, in und unter der Ausführung, ja es gehört ihm erst recht an, wenn er es von sich abgelöst hat.“ Über die Subjektivität im Kunstwerk vergl. ibid. § 527.

493) Das litterarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz, S. 48, ebenso S. 59; ferner Wächter: Das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, Photographien und gewerblichen Mustern, S. 48 ff. Vergl. auch Kohler: Die Idee des geistigen Eigentums im Archiv für die civ. Praxis, B. 82 (N. F. 32), S. 156.

494) Gegen den Ausdruck künstlerisches oder litterarisches Eigentum vergl. namentlich Schäffle: Die nationalökonom. Theorie der ausschliefsenden Absatzverhältnisse, S. 222 ff., sowie v. Anders: Beiträge zur Lehre vom litterarischen und artistischen Urheberrechte, S. 86 ff. und die daselbst Anm. 113 citierten; cf. auch Huard: Étude comparative des Législations française et étrangères en matière de propriété industrielle, artistique et littéraire. Vergl. auch Kohler: Die Idee des geistigen Eigentums im Archiv für die civ. Praxis, B. 82 (N. F. 32), S. 152 ff. Über die geschichtliche Entwickelung, S. 166 ff. Planiol: Traité élémentaire de droit civil, t. II, p. 455 seqq. Geller: Das Wesen des Urheberrechts in der Festgabe zum 17. internat. Kongrefs, 1895, S. 22 ff.

495) Dieser Standpunkt wird ganz allgemein vertreten, vergl. Kohler a. a. O. S. 65 ff. Schäffle a. a. O. S. 241; Mitteis: Zur Kenntnis des litterarisch-artistischen Urheberrechts, S. 62; Daude: Lehrbuch des Deutschen litterarischen, künstlerischen und gewerblichen Urheberrechts, S. 105 ff.; Wächter a. a. O. S. 42 ff.; Klostermann: Das geistige Eigentum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen, B. I, S. 177; Harum: Die gegen-

wärtige österreichische Prefsgesetzgebung, S. 108; Mandry: Das Urheberrecht an litterarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst, S. 219; De Jonge: Verhandeling over de regten van schrijvers en kunstenaars op hunne werken S. 74 ff. Vergl. auch die interessanten Bemerkungen Ostwalds in den Vorlesungen über Naturphilosophie, S. 440 ff, namentlich über Realismus und Idealismus in den bildenden Künsten, ibid S. 446 ff.

496) Schäffle a. a. O. S. 241 hebt diesen Zweck hervor, aber schon Aristoteles spricht von κάθαρσις und παιδεία; siehe oben Anm. 468. Anderer Ansicht ist Daude a. a. O. S. 106, wenigstens soweit das Deutsche Gesetz vom 9. Januar 1876 und seine Anwendung in Frage kommt; ebenso Wächter a. a. O. S. 46.

497) Vergl. bes. Schäffle a. a. O. S. 237; Mitteis a. a. O. S. 62. Deutsches Gesetz vom 9. Januar 1876 und Motive dazu, S. 11. Ferner auch Wächter a. a. O. S. 43.

498) Hierüber vergl. Schäffle a. a. O. S. 244 ff.; Mitteis a. a. O. S. 65 ff. Über diese Frage siehe namentlich Kohler a. a. O. S. 40 ff.; ebenso auch Daude a. a. O. S. 107 ff.

499) Die französischen Schriftsteller sind hierüber verschiedener Ansicht; vergl. Pouillet: Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, S. 89 ff. und die bei ihm citierten. Die eigene Auffassung des Verfassers berührt nur die Oberfläche der Frage. Ausführlicher behandelt das Problem in unserem Sinne Wächter a. a. O. S. 62 ff.

500) Der bisherigen Praxis fehlten die festen Gesichtspunkte umsomehr, als selbst das römische Recht hier kontrovers war. Es giebt Entscheidungen, welche den Eigentumserwerb am fremden Stein durch litographisches Zeichnen fordern; cf. Seuffert: Archiv, B. 9, N. 127. Anders das Ober-Appellationsgericht zu Dresden, weil es sich z. B. bei der Litographie nur um eine Befleckung des Steines handle. Das Bild sei kein selbständiges Kunstwerk, sondern nur eine zur Vervielfältigung bestimmte Produktion; Seuffert: Archiv, B. 13, N. 129. Diese Ansicht ist u. E. durch das im Text Gesagte widerlegt. Richtig entscheidet Madai über Daguerrotypbilder; die Platte verbleibt dem Eigentümer, Archiv für die civ. Praxis, B. 26, S. 212 ff.

501) Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrechts und Staatswissenschaft im Grundrifs, § 68.

502) Vergl. Wächter a. a. O. S. 44 ff.

503) Jede Berührung mit dem Autorrecht wird hier natürlich abgelehnt.

504) L. 6. § 1. Dig. de contr. empt. 18. 1. Pomponius libro nono ad Sabinum: . . . „in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est.“ Vergl. auch L. 51. pr. Dig. locati 19. 2.

505) L. 9. pr. Dig. de contr. empt. 18. 1.

506) Vergl. den interessanten Vortrag Bekkers: Über die natürliche Beschaffenheit der Objekte unserer dinglichen Rechte. Sitzungsberichte der Königlich preufsischen Akademie der Wissenschaften, 1898, 43.

507) Das Stoffverhältnis des Wassers zum Wein und des Weins zum Essig scheint eine bei den Philosophen vielfach behandelte Schulfrage gewesen zu sein. Vergl. statt anderer den peripatetisch beeinflufsten Alexander Aphrodisiensis: In Aristotelis Metaphysica Commentaria. Ausg. von Hayduck, p. 560, 12. Hier wird das Problem erwogen, inwiefern Essig aus Wein entstehen könne, ohne doch derselbe Stoff zu sein, genau wie der Tod aus dem Lebenden hervorgeht, gleichfalls ohne dieselbe *ὕλη* darzustellen. Man kommt zum Schlufs, dafs beide Stoffe, Wein und Essig, durch das Bindeglied des Wassers *κατὰ συμβεβηκός* auf eine *ὕλη* zurückzuführen seien *διότι γὰρ τὸ ὕδωρ, ὅπερ ἐστὶν ὕλη τοῦ οἴνου, δύναται καὶ τοῦ ὄξους εἶναι ὕλη, λέγομεν κατὰ συμβεβηκὸς τὸν οἶνον ὕλην τοῦ ὄξους.* Die Stoiker dagegen sehen Wein und Weinessig schlechthin als dieselbe *οὐσία* an.

508) Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 568: „Zur Ehre der römischen Jurisprudenz sei es angenommen, dafs die Ulpiansche Meinung nicht die allgemeine gewesen ist.“ Am entschiedensten trat dieser Auffassung entgegen Ryk in der Festgabe für Beseler, 1885, S. 150.

509) Richelmann: Der Einflufs des Irrtums auf Verträge, S. 59.

510) Hölder in der Krit. Vierteljahrsschrift, B. 14, S. 576 führt diese Entscheidungen einfach auf die physikalische Natur der Sachen zurück.

511) Alle hierher gehörigen Fragmente Ulpians und Paulus entstammen den Sabinuskommentaren dieser Juristen. Es werden aber auch Trebatius und Labeo citiert; vergl. L. 45. Dig de contr. empt. 18. 1.

512) Vergl. namentlich Zeller über die Peripatetiker der Kaiserzeit a. a. O. Teil 3, Abteil. 2, S. 776 ff.; ferner oben S. 23. 24 über die verschiedenen Entwickelungsstadien der *ὕλη*.

513) Zeller ibid. Bäumker a. a. O. S. 265 ff. Sehr wichtig sind für uns besonders die Zeugnisse des Alexander Aphrodisiensis, da dieser spätere Peripatetiker ein Zeitgenosse vieler klassischer Rechtslehrer war. Nach der herrschenden Ansicht hat er unter der Regierung des Septimius Severus und Caracalla gelebt.

514) Vergl. oben S. 39. 77 ff., S. 114 ff., S. 138. 139.

515) System B. 3., S. 297.

516) Es sind Trebatius und Labeo genannt; vergl. Savigny ibid: „Das Einfachste ist aber wohl, die Äusferung des Labeo, ebenso wie die des Marcellus, zu der älteren, nunmehr verworfenen, Meinung zu zählen.“

517) System B. 3, S. 282; auch Bruns — Kleinere Schriften B. 2, S. 486 — sagt: „Der Irrtum über das Geschlecht beim Sklavenkaufe ist von dem über die Substanz ganz zu trennen.“

518) ibid. S. 282.

519) De genesi animalium II. 3, p. 737. a. 7. *τὸ δὲ τῆς γονῆς σῶμα, ἐν ᾧ συναπέρχεται τὸ σπέρμα τὸ τῆς ψυχικῆς ἀρχῆς.* Das männliche Geschlecht erzeugt somit die Seele, das weibliche liefert dazu den Leib. Vergl. ibid. I. 20, p. 729. a. 9. *τὸ μὲν ἄῤῥεν παρέχεται τό τε εἶδος*

καὶ τὴν ἀρχὴν τῆς κινήσεως, τὸ δὲ θῆλυ τὸ σῶμα καὶ τὴν ὕλην. Ibid. II. 4, p. 738. b. 25. ἔστι δὲ τὸ μὲν σῶμα ἐκ τοῦ θήλεος, ἡ δὲ ψυχὴ ἐκ τοῦ ἄρρενος. Der Körper verdankt seinen Ursprung dem Weiblichen, die Seele den ihrigen dem Männlichen.

520) cf. Zeller a. a. O. Teil 2, Abteil. 2, S. 526.

521) Namentlich von Zeller a. a. O. Teil 2, Abteil. 2, S. 513—533. Bäumker a. a. O. S. 280.

522) Das hat besonders betont Bäumker a. a. O. S. 330: „Der stoische Begriff der Materie knüpft an den aristotelischen an.“ Vergl. auch die Abhandlung von Siebeck über die Umbildung der peripatetischen Naturphilosophie in die der Stoiker in seinen Untersuchungen zur Philosophie der Griechen, S. 181 ff., besonders über den λόγος σπερματικός, S. 236 ff.

523) Über diesen Nachfolger des Zeno vergl. Zeller a. a. O. Teil 3, Abteil. 1, S. 39 ff.

524) Diogen. Laert. Vitae philosophorum VII. 159. εἶναι δ' αὐτὸ (d. h. der männliche Same). Χρύσιππός φησιν ἐν τῇ δευτέρᾳ τῶν φυσικῶν πνεῦμα κατὰ τὴν οὐσίαν. Man könne das, fährt er fort, daraus ersehen, dafs der verdorrte Same, welcher auf den Boden fällt, keine Zeugungskraft besitze. Es sei offenbar, diese Kraft ist verduftet oder verflogen — διαπεπνευκυίας τῆς δυνάμεως. Vergl. Plutarch: Coh. ira. 15, S. 462. über das Verhältnis der Seele des Kindes zu derjenigen der Eltern bei den Stoikern.

525) Diogen. Laert. ibid. 159. τὸ δὲ τῆς θηλείας (sc. σπέρμα) ἄγονον ἀποφαίνονται· ἄτονόν τε γὰρ εἶναι καὶ ὀλίγον καὶ ὑδατῶδες . . .

526) Diogen. Laert. 158. σπέρμα δὲ λέγουσιν εἶναι τὸ οἷόν τε γεννᾶν τοιαῦτ' ἀφ' οἵου καὶ αὐτὸ ἀπεκρίθη· ἀνθρώπου δὲ σπέρμα, ὃ μεθίησιν ὁ ἄνθρωπος, μεθ' ὑγροῦ συγκιρνᾶσθαι τοῖς τῆς ψυχῆς μέρεσι κατὰ μιγμὸν τοῦ τῶν προγόνων λόγου. Der männliche Same besteht aus einer Verbindung von Feuchtigkeit mit Bestandteilen der Seele in demjenigen Verhältnis, welches der Beschaffenheit des Erzeugers entspricht oder durch seinen λόγος bestimmt wird.

527) Diogen. Laert. 159. καὶ ἀφ' ὅλων δὲ τῶν σωμάτων αὐτό φασι καταφέρεσθαι οἱ περὶ τὸν Σφαῖρον· πάντων γοῦν γεννητικὸν εἶναι τῶν τοῦ σώματος μερῶν. Der Same entströmt allen Teilen des Körpers, daher wirkt er in einer universellen Richtung. Ein Anklang an die stoische Auffassung ist es, wenn der neupythagoräisch beeinflufste Platoniker Plutarch sich in seinen „Regeln fürs Erhabene“ folgendermafsen ausdrückt: Beide Teile sollen in der Ehe sich durchdringen, wie zwei sich mischende Flüssigkeiten. Man könnte an die stoische κρᾶσις zweier Substanzen denken; siehe den Vortrag von Karl Praechter: „Die Frau im klassischen Altertum.“

528) Vergl. statt anderer Zeller a. a. O. Teil 2, Abteil. 2, S. 530 ff. und die daselbst angeführten Quellen.

529) Von gröfstem Interesse dürfte es sein, dafs auch Aristoteles an einigen Stellen behauptet, der Unterschied zwischen Männlichem und Weib-

lichem sei blofs ein stofflicher; so in der Metaphysik IX. 9, p. 1058. b. 21. *διὰ τί γυνὴ ἀνδρὸς οὐκ εἴδει διαφέρει . . . τό δὲ ἄῤῥεν καὶ θῆλυ τοῦ ζῴου οἰκεῖα μὲν πάθη, ἀλλ' οὐ κατὰ τὴν οὐσίαν ἀλλ' ἐν τῇ ὕλῃ καὶ τῷ σώματι.* Vergl. über die Charakteristik des Geschlechts der verschiedenen Lebewesen durch Aristoteles die Darstellung von Zeller a. a. O. Teil 2, Abteil. 2, S. 524 ff.

530) Über den Willen im Privatrecht in Iherings Jahrb., B. 28, S. 277 ff.

531) Vergl. die von Kohler selbst citierten Worte Senecas — epist. 80 (lib. XI. epist. 1) — über die Art der körperlichen Untersuchung an den Sklaven auf römischen Märkten: „detrahis vestimenta venalibus"... etc.

532) Vergl. unsere Ausführungen auf S. 267. Über die actio empti als Trägerin ädilicischen Rechts siehe Hanausek: Die Haftung des Verkäufers, S. 55 ff. Diejenigen Schriftsteller, welche bei der Beurteilung des Sachirrtums und seiner Folgen alles Gewicht auf besondere Zusagen des Verkäufers legen, haben jener Gruppe von Quellenstellen, zu welcher auch L. 11. § 1. Dig. de contr. empt. 18. 1 gehört, stets ein ausdrückliches dictum-promissum untergeschoben. Voigt: Theorie von error und ignorantia im Archiv für die civ. Praxis, B. 54 (N. F. 4), S. 196 spricht hier von einem error in qualitate der res principalis.

533) Vergl. besonders Chrysippus bei Stobaeus: Eklog. 374 — 376, Ausg. Wachsmuth, vol. I, p. 154 cit. Anm. 266. Da dem Golde in ganz besonderem Mafse die Fähigkeit zukommt, sich mit gewissen Zusätzen zu verbinden, und sich dementsprechend auszudehnen, so wird von den Stoikern eine Goldmischung nahezu als *σύγχυσις*, d. h. als Verschmelzung angesehen. Hierüber vergl. Zeller a. a. O., Teil 3, Abteil. 1, S. 129 und die dort citierten. Sowohl in der *μῖξις* als auch in der *κρᾶσις* bleiben nach stoischer Auffassung die miteinander verbundenen Stoffe in ihrer Substanz bestehen, während die Peripatetiker das verneinen. Vergl. Alexander Aphrodisiensis: In Aristotelis Metaphysica Commentaria, Ausg. von Hayduck, p. 552, 26, 1 — 5. *οὐ γάρ ἐστιν ἡ σύνθεσις οὐδ' ἡ μῖξίς τινος μετὰ τούτων ὧν ἐστι σύνθεσις ἢ μῖξις.*

534) Das ganze Fragment ist citiert auf S. 259. Heineccius — Elementa juris civilis secundum ordinem pandectarum, 1738, p. 368 — bemerkt zu dieser Stelle: „Sequitur, ut emptio non sit nulla si erratum in parte minore materiae." Das ist gerade das Gegenteil von dem, was Ulpian sagt. Das Rechtsgeschäft bleibt bestehen, trotzdem die „viriola magna ex parte aenea" war. Wir bemerken das hier ausdrücklich, weil der Schlufs, den Heineccius zieht, irre leiten könnte.

535) Zur Zeit der klassischen Juristen war kein Verfahren bekannt, durch welches Gold und Erz mechanisch voneinander getrennt werden konnten, falls eine Mischung beider Metalle stattgefunden hatte. Das bezeugt uns ausdrücklich Ulpian. L. 5. § 1. Dig. de rei vind. 6. 1: „sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci possit, nec communicabitur nec com-

muni dividundo agetur, quia separari potest: agetur autem in rem actio. sed si deduci, inquit, non possit, ut puta si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum."

536) Vergl. über diese Frage namentlich Trendelenburg a. a. O. S. 213. 228 ff.

537) Chrysippus bei Stobaeus: Eklog. 374—376, Ausg. Wachsmuth, cit. Anm. 266. Die παράθεσις ist eine solche Verbindung von Gegenständen, kraft deren sie sich gegenseitig bloſs an der Oberfläche berühren — συναφὴ κατὰ τὰς ἐπιφανείας. — Als Beispiele werden zwar Haufen von Gersten- und Linsenkörnern, von Sand und Kiesel angeführt, indessen erscheint das Beschlagen eines Holz- oder Metalltisches mit Silberplatten auch nur als συναφὴ κατὰ τὰς ἐπιφανείας.

538) Henr. Hahnii Observata theoretico-practica ad Wesenbecii Commentarios, Lipsiae 1706, p. 497 bemerkt hierzu: „Nihil enim habet commune aes vel lignum mensae cum argento, nec eadem est horum οὐσία, neque operimentum pars est materiae (ut nec vestimentum corporis) hoc est mensae, quam argenteam praestari convenit."

539) a. a. O. S. 568—570.

540) Der Irrtum bei nichtigen Verträgen S. 453. Vergl. damit die Bemerkungen Regelsbergers in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, B. 29, S. 314.

541) ad L. 9. § 2. Dig. de contr. empt. 18. 1.

542) Commentar. in Tit. 1, lib. XVIII. de contr. empt. ad L. 9: „Sciendum autem est, materiam, qualitatem, substantiam pro eodem usurpari ... Ergo dissensus in materia, qualitate, substantia eadem sunt." Westenberg: Principia juris. Berolini, 1814, S. 357, § 19 spricht von einem error in qualitate, „qui (bisweilen, es scheint also nicht immer) simul errorem in corpore involvat."

543) a. a. O. S. 439; übrigens ist unter den neueren Autoren Leonhard nicht der einzige, der diesen Fehler begeht. Vergl. auch Zitelmann a. a. O. S. 574 und zuletzt noch Hollander: Zur Lehre vom error, S. 126. Verworfen hat diese Gleichstellung Hesse: Eine Revision der Lehre vom Irrtum in Iherings Jahrb., B. 15, S. 101, aber auch bei ihm handelt es sich nur um einfache Wortinterpretation.

544) L. 11. § 1. Dig. de contr. empt. 18. 1. Ulpianus libro vicesimo octavo ad Sabinum: „Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit." cf. oben S. 246 ff.

545) L. 10. Dig. de contr. empt. 18. 1. cit. oben S. 250.

546) L. 45. Dig. eod. tit. cit. oben S. 241.

547) Vergl. unten S. 286.

548) Cf. L. 9. § 2. LL. 11. 14. Dig. de contr. empt. 18. 1.

549) Dafür sprechen namentlich L. 45. Dig. de contr. empt. 18. 1 und L. 21. § 2. Dig. de act. empt. vend. 19. 1. Vergl. aber auch L. 1. § 2. Dig. de pigner. act. 13. 7 und L. 22. Dig. de verb. obl. 45. 1.

550) Vergl. das ganze Fragment oben auf S. 241. Hesse a. a. O. S. 107 ist der Meinung, die Species „vas“ sei hier allein entscheidend. Wir müfsten alsdann die Stelle für peripatetisch erklären.

551) Pauly: Real-Encyklopädie der klassischen Altertumswissenschaften, 1848, Bd. 5, S. 151. (Die Wissowasche Ausgabe ist leider noch nicht soweit gediehen.): Plinius gedenkt des aurichalcum nicht bei den künstlichen Metallmischungen, sondern bei den verschiedenen natürlichen Kupferarten und Pollux nennt das Kupfer aus demselben Grunde geradezu aurichalcum. Plinius sagt, dass es zu Blechen geschlagen wurde und in Ochsengalle getaucht einen guten Goldschein für Schauspielerschmuck abgebe. Mit 6 Skrupel Gold auf die Unze vermischt bekam das sehr dünne Goldblech ein feuriges Ansehen. Also der Zusatz von Goldteilen kam doch vor. Blümner: Technologie und Terminologie der Gewerbe und Künste bei Griechen und Römern, B. 4, S. 193 ff. giebt kein bestimmtes Resultat. Hervorragende Archäologen, wie Herr Professor Conze, bestätigen gleichfalls die Unsicherheit dieser Frage nach dem Stande der heutigen Wissenschaft.

552) Festus: „Aurichalcum vel orichalcum quidam putant compositum ex aere et auro, sive quod colorem habeat auream; orichalcum sane dicitur, quia in montuosis locis invenitur; mons etenim Graece oros appellatur.“

553) Vergl. auch L. 10 und 14. Dig. de contr. empt. 18. 1. cit. auf S. 250: „quia auri aliquid habuit“ oder „aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret.“

554) Über diese Art der Ergänzung klassischer Juristenaussprüche durch die Kompilatoren vergl. Gradenwitz: Interpolationen in den Pandekten, S. 19 ff. und Appleton: Des Interpolations dans les Pandectes, S. 224 seqq.

555) L. 2. Cod. de resc. vend. 4. 44. Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Aurelio Lupo: „Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente judicis, vel, si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.“ Nichts von einem allgemeinen Prinzip findet sich in dieser Stelle: die Veranlassung, die Entscheidung, die Motivierung (humanum est) — alles ist kasuistisch und willkürlich. Die Praxis des Mittelalters hat freilich ohne es zu wissen und zu wollen, an den Gesichtspunkt der Stoiker wieder angeknüpft, indem sie die Entscheidung auf die Annahme stützt, der Verkäufer habe sich im Irrtum befunden oder der Käufer dolos gehandelt. Vergl. Chambon: Beiträge zum Obligationenrecht, B. 1, S. 113 ff. Bekanntlich hat Chambon a. a. O. S. 132 ff. behauptet, dafs die Diokletians-Vorschrift auf Prinzipien des früheren Rechts basiere. Dem hat Dernburg — Pandekten, B. 2, § 102, Anm. 4 — widersprochen. Soweit Chambons Gründe in Frage kommen, mit Recht.

556) Auch sonst ist dieser Zusatz in l. 45 cit. verstümmelt. Der Ausdruck „vas“ pafst nicht hinein. Mommsen bemerkt „vas del.“ Man

kann nicht sagen „vas aurichalcum pro auro vendere", wohl aber „aurichalcum pro auro" schlechthin. Und dann erhalten wir die Wortfolge des Ausspruches der Stoiker. Schon Haloander hat hier statt „vas aurichalcum", „quis aurichalcum" lesen wollen.

557) L. 4. § 2. Dig. de aedil. edicto 21. 1: „Item aleatores et vinarios non contineri edicto quosdam respondisse Pomponius ait, quemadmodum nec gulosos nec impostores aut mendaces aut litigiosos." „Quidam" hätten die hier angegebene Auffassung vertreten, die Sache ist also auch unter den klassischen Juristen streitig gewesen. Vergl. auch L. 1. §§ 9. 10. 11. eod. L. 19 § 1. eod.

558) L. 1. § 10. Dig. de aedil. edicto 21. 1: „ceterum si nihilominus permaneret in eo vitio, ut circa fana bacchari soleret et quasi demens responsa daret, etiamsi per luxuriam id factum est, vitium tamen esse, sed vitium animi, non corporis, ideoque redhiberi non posse, quoniam aediles de corporalibus vitiis loquuntur."

559) L. 1. § 9. L. 4. § 1. Dig. de aedil. edicto 21. 1. Dahin gehören gleichfalls die „corporis et animi mixta vitia", cf. L. 4. § 4. Dig. eod., ferner die φρενητικοί oder furentes oder „qui propter febrem loquantur aliena" etc.

560) L. 4. § 4. Dig. de aedil. edicto 21. 1. Es ist wieder der Stoiker Ulpian, der diese Forderung vertritt: „In summa si quidem animi tantum vitium est, redhiberi non potest, nisi si dictum est hoc abesse et non abest: ex empto tamen agi potest, si sciens id vitium animi reticuit." Vergl. L. 1. § 10 in fin. Dig. eod.: „attamen ex empto actionem admittit."

561) Liebe: „Die Stipulation und das einfache Versprechen", S. 73.

562) Die „voluntatis quaestio" hat hier keinen Raum. Vergl. Ihering: Geist des röm. Rechts, B. 2, § 44; Hartmann in Iherings Jahrb., B. 20, S. 27 ff.; Voigt: Das jus naturale, B. 3, 1. § 2. 5; Bähr: Über Irrungen im Kontrahieren in Iherings Jahrb., B. 14 (N. F. 2), S. 416 ff.; Benecke: Der Irrtum im Motiv bei letztwilligen Verfügungen. Greifswalder Dissert., 1898, S. 13. Sehr charakteristisch drückt sich Paulus aus L. 6 (7.). Dig. de neg. gest. 3. 5.

563) Wie es scheint zuerst von Donellus: Comm. jur. civ., XII. 7, § 8. Renaud hat diesen Widerspruch zu verwischen gesucht im Archiv für die civ. Praxis, B. 28, S. 264 ff.

564) Brinz: Pandekten, Aufl. 1, S. 1409; Leonhard a. a. O. S. 462 und im Archiv für die civ. Praxis, B. 72, S. 47 ff. Den von uns aus philosophischen Gründen vertretenen Standpunkt hat im allgemeinen schon Savigny — System., B. 3, S. 301 — eingenommen. Er bemerkt im Hinblick auf die citierte Stelle: „Die freie aequitas . . . dürfe bei der streng buchstäblichen Natur der Stipulation nicht gelten." Noch präciser äussert sich Ryk in der Festgabe für Beseler, S. 149: „Bei dem farblosen Charakter der Stipulation

als Mittel im Dienst des absoluten Gläubigerwillens kommt nur der abstrakte Wille in Betracht und ist daher die Frage: ob das Objekt schlechthin oder nur mit Rücksicht auf eine gewisse vorausgesetzte Eigenschaft dem Gläubigerinteresse dienlich, von selbst ausgeschlossen.“ Andere legen das Hauptgewicht auf die stipulation als stricti juris-Geschäft, sie habe deshalb überhaupt „keine freiere Interpretation geduldet“; so Bode: Vom error in substantia, Göttinger Dissert., 1888, S. 13. 14. Vergl. auch Röver: Über die Bedeutung des Willens, S. 27 ff. „In denselben Worten konnte diese oder jene Erklärung gefunden werden, je nachdem man ex bona fide oder ex stricto jure interpretiert.“ Dasselbe vertritt auch Girard: Manuel, ed. 3, p. 441. Schall: Der Parteiwille im Rechtsgeschäft, S. 48 ff., erblickt hier einen Gegensatz des neuern Rechts zur alten verborum interpretatio. Peniński: Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes, B. 2, S. 513 ff., hat sich dann freilich wiederum Leonhard angeschlossen. Er findet, der Irrende könne deshalb das Geschäft nicht anfechten, weil hier der Irrtum für ihn nicht „wesentlich“ sei. Der Irrende erwerbe im gegebenen Fall einseitig Rechte, trotz des Mangels der Eigenschaft sei das Bestehen des Vertrages für ihn erwünschter als sein Nichtbestehen.

565) Leonhard a. a. O. S. 462. 567; vergl. jedoch die von demselben — Archiv für die civ. Praxis, B. 72, S. 47 — angeführten Widersprüche.

566) Leonhard a. a. O. S. 462. Mit Recht bemerkt Lenel: Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften in Iherings Jahrb., B. 44, S. 27 ff., dafs die Frage, ob eine bestimmte Eigenschaft der Sache oder Person objektiv wesentlich ist, bei abstrakten Verträgen mit Rücksicht auf die causa zu beantworten sei. Die abstrakten Verträge an sich ermangeln typischer Geschäftszwecke, es wäre daher aussichtslos, bei ihnen nach Eigenschaften der Sache zu suchen.

567) So z. B. läfst L. 22 in fin. Dig. de verb. obl. 45. 1 klar erkennen, dafs der Stipulant nicht lukrativ erwerben sollte.

568) Es versteht sich von selbst, dafs die Interpretation einer Stipulation keineswegs ausgeschlossen ist, indessen sind die „verba“ hier unbedingt mafsgebend. Falls sie keinen Zweifel — ambiguitas — aufweisen, wird auch die „quaestio voluntatis“ nicht zugelassen. Von einer solchen beschränkten Interpretation reden L. 26. (27). Dig. 34. 5. L. 38. § 18. Dig. 45. 1. L. 99. Dig. eod. L. 34. Dig. 50. 17. „Quid actum est“ mufs stets nach dem Wortlaut der Stipulation festgestellt werden. Deshalb fällt auch im Zweifel aller Nachteil auf den Stipulator, denn er hat die Formel redigiert und steht für ihre Fassung ein „stipulatori liberum fuit verba late concipere“ . . . cf. L. 99. pr. Dig. 45. 1; „ambiguitas contra stipulatorem est“ L. 26. (27). Dig. 34. 5. cit. Es kann daher Danz nicht beigestimmt werden, wenn er zwischen formalem und formlosem Geschäft hinsichtlich der Auslegung keinen Unterschied macht. Vergl.: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Für unsere Auffassung

können wir uns, wie es scheint, auch auf Regelsberger berufen. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, B. 29, S. 314 ff.

569) Dasselbe Prinzip hat auch noch Paulus — libro septuagesimo ad edictum — ausgesprochen: L. 83. § 1. Dig. de verb. obl. 45. 1: „Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit.“ Hierher gehören ferner L. 110. § 1. L. 137. § 1. Dig. eod. Nicht der verdeckte Dissens bezüglich der Sache bei sonst übereinstimmender Absicht macht das Geschäft nichtig, sondern die objektive Thatsache, dafs die Realisierung der Stipulation wegen Mangels eines Gegenstandes unmöglich ist. Vergl. Zitelmann a. a. O. S. 581 ff.

570) Unsere Untersuchung bestätigen von einem andern Gesichtspunkt aus Bekker: Aktionen, B. 1, S. 116 ff. und Pernice: Labeo, B. 1, S. 419 ff. über den ursprünglichen engen Zusammenhang zwischen den Real- und Formalobligationen. Vergl. auch die interessanten Ausführungen über reale und voluntare Elemente in den Rechtsgeschäften bei Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 499 ff.

571) Das ist die Ansicht von Bechmann: Kauf, Teil 2, S. 447 und Zitelmann a. a. O. S. 428 und 440 ff. Vergl. auch die Bemerkungen Hölders in der Krit. Vierteljahrsschrift, B. 14, S. 571.

572) Genau wie in der Stipulation, so genügt auch hier zur Beseitigung aller Zweifel der „consensus in corpore“; vergl. L. 22. Dig. de verb. obl. 45. 1. cit. auf S. 270. Von einem andern, dem Verkehrsstandpunkt aus, ist die L. 1. pr. § 1. Dig. 13. 7. behandelt bei Dernburg: Pfandrecht, B. 1, S. 183 ff. u. 196 ff.

573) Wir berühren hier nicht die Frage von der Verschmelzung der dinglichen Verträge und Realkontrakte zu einem juristischen Begriff, wenngleich unsere Darstellung möglicherweise diesen Eindruck hervorrufen könnte. Für uns ist die konkrete Bestimmtheit der Sache bei ihrer Übergabe von Bedeutung. Diese Bestimmtheit überhebt uns der Notwendigkeit festzustellen, was den divergierenden Parteien als Begriff des Objekts gleichmäfsig hat vorschweben müssen. In dieser Hinsicht besteht freilich zwischen Realkontrakten und dinglichen Verträgen kein Unterschied. Aus dem gleichen Grunde wird auch bei der Zahlung nicht danach gefragt, ob die Parteien eine übereinstimmende Vorstellung vom Wesen der übergebenen Sachen hatten; auch hier ist der konkret-reale Charakter der solutio mafsgebend; vergl. L. 50. Dig. de solutionibus. 46. 3. Paulus libro decimo ad Sabinum: „Si, cum aurum tibi promisissem, ignoranti quasi aurum aes solverim, non liberabor: sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci. petentem tamen te aurum exceptione summovebo, si non reddas aes quod accepisti.“

574) Auf Formalgeschäfte und vielleicht auch auf die Stipulation bezieht sich der allgemeine Ausspruch des Paulus L. 25. § 1. Dig. de leg. 3: „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio“. Lenel: Palingenesia, v. I, Paulus fr. 1026 scheint an ein legatum per damnationem zu

denken. Indessen könnte nicht L. 25 cit. möglicherweise eine lex erratica sein? Ihr Inhalt ist ein allgemeiner, klingt nach einer Sentenz. Da, wo der Satz steht, pafst er eigentlich nicht hin, weil er gerade bei der Auslegung von letztwilligen Verfügungen in der Regel nicht befolgt wird. Liegt es nicht viel näher, dafs Paulus unter „verba“ die Stipulationsformel meinte, da hier die „vestigia voluntatis“ nicht weiter untersucht werden. Vergl. Gradenwitz: Interpolationen, S. 201.

575) Auch Gradenwitz meint, dafs hinsichtlich der Beurteilung der Form im Rechtsgeschäft das Justinianische Recht im allgemeinen durchaus auf seiten des klassischen römischen Rechts stehe. Interpolationen S. 170.

576) L. 5. § 1[a]. Cod. de necessar. et servis 6. 27. Justinianus A. Johanni pp.: „nobis autem alius modus hujusmodi decisionis inventus est, quia semper vestigia voluntatis sequimur testatorum.“

577) Gradenwitz a. a. O. S. 201 ff. ist freilich der Ansicht, dafs erst Justinian das Willensdogma mit solchem Nachdruck für letztwillige Verfügungen vertreten habe. Bei den klassischen Juristen finde sich im allgemeinen keine Bezugnahme auf den Willen, der sich aus den Worten des Testaments nicht erkennen läfst. Siehe darüber auch Hesse a. a. O. S. 132. 133.

578) Vergl. besonders L. 19. § 3. Dig. 34. 2. cit. auf S. 251, wonach der Sachirrtum im Testament analog behandelt werden soll, wie im Kaufvertrage.

579) L. 44. §§ 2. 3. 4. Dig. de leg. 1. Ulpianus libro vicesimo secundo ad Sabinum: „Si pocula quis legavit et massa facta est vel contra, item si lana legetur et vestimentum ex ea fiat, Julianus libro trigesimo secundo (digestorum) scripsit legatum in omnibus supra scriptis consistere et deberi quod exstat: quam sententiam puto veram, si modo non mutaverit testator voluntatem. § 3. Sed etsi lancem legavit et massam fecit, mox poculum, debebitur poculum, durante scilicet voluntate. § 4. Si areae legatae domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem.“ Auf L. 44. § 2. cit. stützt sich hauptsächlich die bekannte Theorie Fittings von der besonderen media sententia Julians in der Specifikationslehre — Archiv für die civ. Praxis, B. 48, S. 159 ff. Hält man unsere Erklärung für überzeugend, dann sind zugleich alle durch Fittings Darstellung hervorgerufenen Schwierigkeiten beseitigt. Gegen Fitting ist aufgetreten Schulin: Über einige Anwendungsfälle der Publiciana in remactio, S. 102 ff. Vergl. auch Ferrini: Appunti sulla dottrina della specificazione im Bullettino dell' istituto di diritto romano, 1889, S. 192 seqq. Siehe ferner L. 10. § 5. Dig. quibus modis usus fruct. vel usus amittitur. 7. 4. Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum: „Si massae usus fructus legetur et ex ea vasa sint facta vel contra, Cassius apud Ursejum scribit interire usum fructum: quam sententiam puto veram.“ Hier entscheiden der strenge Stoiker Cassius und der freier denkende Spätstoiker Ulpian übereinstimmend,

dafs die Umformung der Sache als Aufhebung des legierten Niefsbrauches gelten solle, während nach ihrer metaphysischen Doktrin ein Untergang des Gegenstandes doch nicht vorlag. Im gegebenen Falle erschien ihnen aber die Umgestaltung als ein Zeichen der Willensänderung des Testators, und darauf allein kommt es hier an. Derselbe Sinn mufs l. 36. pr. Dig. de usu fructu. 7. 1. zu Grunde gelegt werden. Africanus libro quinto quaestionum ... „et si scyphorum usus fructus legatus sit, deinde massa facta et iterum scyphi: licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse, quorum usus fructus legatus sit.“ Auch l. 10. § 7. Dig. quibus modis usus fruct. vel usus amittitur. 7. 4 setzt eine letztwillige Verfügung voraus. Ebenso kann in letztwilligen Verfügungen „acetum“ bald als Wein angesehen werden, bald nicht. Es hängt hier alles davon ab, was der Erblasser und nicht was die objektive Erkenntnislehre „vini numero“ zuzählte; L. 9. pr. Dig. de tritico vino vel oleo legato. 33. 6.

580) Weiteres Material in L. 88. Dig. de leg. 3.

581) Vergl. die Ausführungen von Pernice: Zur Lehre von den Rechtsgeschäften in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, B. 25, S. 98 ff. namentlich S. 133. Hier ist die einschlägige Litteratur sehr ausführlich besprochen. Auch darin stimmen wir Pernice bei, dafs zwischen obligatorischen Verträgen und andern Rechtsgeschäften (also hier speziell den letztwilligen Verfügungen) eine materielle Verschiedenheit in betreff der Bedeutung des Willens nicht vorliegt. In unserer Frage handelt es sich lediglich um die abweichende Interpretation verschiedener in ihren psychologischen Wurzeln gleichartiger Willensmeinungen.

582) Die früheren Schriftsteller vor Savigny können wir hier übergehen, sie sind weder für das Verständnis der römischen Quellen, noch für das der neueren Anschauungen von Bedeutung. Vergl. übrigens die gute Zusammenstellung der älteren Litteratur bei Bode a. a. O.

583) Der Kauf, Teil 2, S. 426 ff. — 468.

584) a. a. O. S. 447, Anm. 2.

585) a. a. O. S. 450 ff.

586) Nachdem der Text unserer Arbeit bereits gedruckt war, ging uns der Aufsatz von Lenel cit. Anm. 566 zu. Leider hat dieser hervorragende Kenner der römischen Quellen sein Spezialgebiet kaum gestreift, sondern sich nur auf das Bürgerl. Gesetzb. f. d. Deutsche Reich beschränkt. Im übrigen kommt er Bechmann ziemlich nahe, da er als wesentlich solche Eigenschaften bezeichnet, die „normalerweise bei obwaltenden Zweifeln vertragsmäfsig zugesichert zu werden pflegen, andererseits solche, hinsichtlich deren eine Zusicherung zwar wohl da und dort erfolgen mag, ohne dafs aber der Mangel einer derartigen Zusicherung irgendwie etwas Anomales hätte“, S. 13. Daher sind unwesentlich Eigenschaften, welche nicht „zur normalen Individualisierung des Kaufobjekts gehören“, S. 14. Der Benennung mifst auch Hölder eine gewisse Bedeutung bei, Krit. Vierteljahrsschrift, B. 14,

S. 576. 577; ebenso Brinz: Lehrbuch der Pandekten, Aufl. 2, B. 4, § 527, S. 49.

587) Vergl. vor allem Tit. Dig. de auro argento mundo etc. legatis. 34. 2. Hier werden unter aurum und argentum alle möglichen Gold- und Silbersachen verstanden. Zur Bezeichnung des Unterschiedes zwischen rohem und verarbeitetem Metall giebt es auch speziellere Ausdrücke: aurum oder argentum infectum und factum; siehe insbesondere L. 19. §§ 9. 11. Dig. h. t. 34. 2. u. a. m. Dafs in den streitigen Stellen verarbeitete Sachen in Frage kommen, meint auch Bruns: Kleinere Schriften, B. 2, S. 485.

588) Vergl. die entgegengesetzten Entscheidungen. L. 41. § 1. Dig. de contr. empt. 18. 1. und L. 21. § 2. Dig. de act. empt. vend. 19. 1. cit. auf S. 252 u. 258. Im Allgemeinen finden sich bei Bechmann mancherlei Übereinstimmungen mit dem bereits früher erwähnten Aufsatz von Perozzi.

589) Der Verteidigung von Savignys Auffassung ist die tüchtige Dissertation Bodes — Vom error in substantia — gewidmet.

590) System, B. 3, S. 276 ff. Die älteste Kritik hierüber gehört, wie es scheint, Renaud an im Archiv für die civ. Praxis, B. 28, S. 247 ff.; zwar unterscheidet er Stoff und Form, führt aber ihre Bedeutung im Rechtsgeschäft auf subjektive Erwägungen der Parteien zurück; S. 259 ff.

591) a. a. O. S. 283. Von Arten der Sachen schlechthin spricht auch Sintenis: Das gemeine Civilrecht, B. 1, § 22, S. 194.

592) a. a. O. S. 282. Vergl. damit auch die Ausführungen Bodes a. a. O. S. 16 ff. Trotz aller Bemühungen ist es ihm nicht gelungen, diese Bedenken gegen die Savignysche Theorie zu beseitigen. Dagegen sind Bodes polemische Bemerkungen oftmals sehr zutreffend.

593) Näheres auch bei Friedländer: Sittengeschichte Roms, Teil 3, S. 113.

594) Plinius: Hist. nat. XIII. 15. cit. bei Savigny a. a. O. S. 287, Anm. t.

595) L. 21. § 2. Dig. 19. 1. cit. oben S. 258.

596) In derselben Weise ergänzt Savigny auch L. 45. Dig. de contr. empt. 18. 1.

597) Diese willkürliche Schlufsfolgerung ist auch schon früher, freilich von anderen Gesichtspunkten aus, beanstandet worden; cf. Bekker in der Krit. Vierteljahrsschrift, B. 3, S. 188 und Hölder in derselben Zeitschrift, B. 14, S. 575 ff.

598) Vergl. darüber unsere Ausführungen gegen Kohler auf S. 247 ff. Savignys Interpretation bestreitet auch Hesse in Iherings Jahrb., B. 15, S. 105.

599) Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 572.

600) Der Irrtum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte, S. 424 ff. Die gleichen Prinzipien vertritt Peniński: Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, B. 2, S. 511 ff.

601) a. a. O. S. 438, Anm. 2.

602) a. a. O. S. 439. 440.

603) a. a. O. S. 444.

604) a. a. O. S. 448. 449.

605) Das ist auch die Auffassung Vangerows: Lehrbuch der Pandekten B. 3, § 604.

606) Irrtum und Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung.

607) a. a. O. S. 15.

608) a. a. O. S. 565. So auch Ryk in der Festschrift für Beseler, 1885, S. 149.

609) a. a. O. S. 562: „Ein solcher Irrtum kann, da er nur Irrtum im Motiv ist, niemals Nichtigkeit, höchstens Anfechtbarkeit des Geschäfts wirken."

610) a. a. O. S. 566 ff.

611) a. a. O. S. 568.

612) a. a. O. S. 569.

613) a. a. O. S. 574. Es sei nachgewiesen, „daſs die Römer zwischen qualitas und substantia nicht scharf unterscheiden und öfter beide Wörter verwechseln." Dieser Nachweis ist nie erbracht worden und kann nicht erbracht werden.

614) a. a. O. S. 575. Zitelmann findet es sogar „unbegreiflich" wie Savigny „den Paulus ohne weiteres als einen Vertreter der Ulpianschen Meinung aufführen" konnte.

615) Die psychologische Theorie ist neuerdings vielfach, zum Teil mit groſser Heftigkeit angegriffen worden, so von Kohler in Iherings Jahrb., B. 28, S. 247. 259; Ryk in der Festschrift für Beseler, S. 146; Pfersche: Die Lehre vom sog. error in substantia, S. 15. 89 ff.; Regelsberger: Pandekten S. 523. 524.

616) Zur Lehre vom sogenannten error in substantia, Graz, 1880; vergl. die Recension von Burkhard in der Krit. Vierteljahrsschrift, B. 23, S. 56.

617) a. a. O. S. 89.

618) a. a. O. S. 96.

619) a. a. O. S. 96.

620) a. a. O. S. 95.

621) a. a. O. S. 97: Der Unterschied der Klageformeln war hier weggefallen, „die auf Anwendung bestimmter actiones bezüglichen Stellen hatten also ihre eigentliche Bedeutung verloren."

622) a. a. O. S. 98.

623) a. a. O. S. 95.

624) Zur Lehre vom error nach römischem Recht, Halle, 1898.

625) a. a. O. S. 126.

626) a. a. O. S. 127.

627) a. a. O. S. 121. Einen solchen Widerspruch glaubt Hollander bei Paulus gefunden zu haben und zwar durch Vergleichung der L. 10. Dig. de contr. empt. 18. 1. mit L. 21. § 2. Dig. de act. empt. vend. 19. 1. Siehe unsere Ausführung oben S. 250 ff. 258.

628) Zur Vermeidung dieser Konsequenz sah sich gewifs Bechmann veranlafst, die Rechtsordnung als entscheidenden Faktor hinzustellen. Gegen die conditio in praesens collata mit Recht Lotmar: Krit. Vierteljahrsschrift, B. 26, § 26.

629) Hollander a. a. O. S. 112.

630) Lehrbuch der Pandekten, Aufl. 7, B. 3, § 604, besonders S. 264 ff. Vergl. auch B. 1, § 83.

631) Lehrbuch des Pandektenrechts, Aufl. 8, B. 1, § 76, S. 328 ff. Die Savignysche Auffassung soll da gelten, „wo der Wille hinter der Erklärung zurückbleibt, nicht dann, wenn er weiter geht.“ S. 337.

632) Pandekten, B. 1, § 102, S. 241 ff.

633) Pandekten, B. 1, § 142, S. 523 ff.

634) a. a. O. S. 524. Vergl. auch seine trefflichen Bemerkungen in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, B. 29, S. 315. 316.

635) a. a. O. S. 523. Vergl. auch S. 524, Anm. 10, gegen Zitelmanns Auffassung der Ulpianschen Theorie.

636) Lehrbuch der Pandekten, Aufl. 2, B. 4, § 527, S. 44 ff.

637) a. a. O. S. 46, Anm. 9.

638) a. a. O. S. 51.

639) Wir weisen noch hin auf Hölder: Pandekten. Allgemeine Lehren, § 45, S. 239 ff. Hier wird kein Unterschied gemacht zwischen dem Irrtum über das Objekt und über seine Eigenschaften: Wesentlich ist der Irrtum, „wenn die wirkliche Beschaffenheit des Objekts der Handlung von der durch den Handelnden angenommenen in dem Mafs verschieden ist, dafs unabhängig von seinen individuellen Verhältnissen und Anschauungen anzunehmen ist, es wäre ohne den Irrtum ein Wille dieses Inhalts bezüglich dieser Person oder Sache nicht geäufsert worden.“ Im übrigen mufs der Irrtum auch entschuldbar sein. Diese Voraussetzung fällt fort, „wenn es an jedem Grunde zur fraglichen Annahme fehlte“. Wendt — Lehrbuch der Pandekten, § 45, S. 115 — identifiziert, wie so viele andere, den error in substantia und den Eigenschaftsirrtum; im übrigen bezeichnet er diesen Irrtum blofs als einen Beweggrund des Willens. Trotzdem komme in der Mehrzahl der Fälle ihm doch die Bedeutung bei, den Willen auszuschliefsen.

640) Vergl. Kohlers zutreffende Bemerkung über die Beurteilung des Irrtums in der englischen Praxis — Iherings Jahrb., B. 28, S. 247: „Wesentlich ist nach englischem Recht nicht, was die Partei gemeint hat, sondern was ein reasonable man hinter der Erklärung sucht.“ Das stimmt dann mit der Taktik der klassischen Jurisprudenz völlig überein.

641) Schon Ihering hat in seinen Jahrb., B. 4, S. 72 ff. behauptet, dafs es nicht darauf ankomme, den wirklichen Sinn der Erklärung des Redenden

zu ermitteln, sondern es frage sich, wie mufste der Gegner nach den ihm vorliegenden Umständen sie auffassen. Damit ist freilich noch keine objektive Norm gegeben. An Stelle des einen Subjektivismus tritt ein anderer — derjenige des Gegners. Vergl. darüber Hartmann: Wort und Wille im Rechtsverkehr in Iherings Jahrb., B. 20, S. 52ff.

642) Den besten Beweis für die Unhaltbarkeit jener Grenze finden wir bei Zitelmann. Er erklärt den Irrtum über Eigenschaften des Kontraktsobjekts für einen Irrtum im Motiv. Niemals sei also ein Vertrag wegen Irrtums über Eigenschaften nichtig. Der Irrtum erzeuge aber ein selbständiges Gegenrecht; hierbei können dann irrtümlich vorausgesetzte Eigenschaften als konkret wesentlich erscheinen und alsdann müfsten die Mafsstäbe abstrakter Wesentlichkeit wieder zu ihrem Recht kommen. Die Verweisung auf die Motive hat schliefslich gar keine Wirkung, da die Frage in einer andern Fassung vom sog. Gegenrecht, welches der Irrtum erzeugt, offen bleibt. a. a. O. S. 566 ff.

643) Ryk a. a. O. S. 147. Anders freilich Hartmann a. a. O. S. 49.

644) Diese Schwierigkeiten treten deutlich zu Tage in der Entscheidung des Reichsgerichts, B. 34 S. 322ff., auf Grund des Art. 1110 des Cod. civ. Es kam in Frage der Verkauf einer angeblich antik-römischen Bronzestatue. Was ist in ihr nach unsern Vorstellungen die Substanz?

645) Auch Girard: Manuel élémentaire de droit romain, ed. 3, p. 457, n. 5, hat bemerkt, dafs die römischen Juristen unter substantia offenbar etwas ganz anderes verstanden haben müssen, als der Code civil unter „substance de la chose". Denn dieser Terminus könne nur eine gewisse Eigenschaft bedeuten, „une qualité, qui détermine la partie à acheter". Substanz und Eigenschaft sind aber auch nach dem heutigen Sprachgebrauch ganz verschiedene Dinge. Den Gegensatz von substantia im philosophischen Sinne und der Auffassung des Rechts hebt namentlich Marcadé hervor: Explication du Code civil, t. IV, p. 367. Im juristischen Sinn sei substance — l'ensemble des qualités principales. Nach seinen Beispielen zu urteilen, versteht er unter den „qualités principales" Klassifikationsfaktoren; cf. auch Planiol: Traité élémentaire de droit civil, t. II, p. 328. Zachariae: Handbuch des franz. Civilrechts, Ausg. 8, B. II, S. 421, Anm. 14ff. Reine Wortinterpretation bei Huc: Comment. de Code civil, t. VII, ad art. 1110; „substance" identisch mit „nom substantif qui distingue" la chose.

646) Kohler, a. a. O. S. 261ff., hat der französischen Praxis reichen Beifall gespendet. Diese Entscheidungen mögen zwar glücklich ausgefallen sein, sie sind aber kein angewandtes Recht, sondern Raisonnements gescheiter Leute über Billigkeitsfragen. Keinerlei Klärung bietet auch Demolombe: Cours de Code Napoléon, t. 24, N. 87. 88; Pothier: Obligations N. 17, 18. Von Eigenschaften ist die Rede bei Bigot — Préameneu: Exposé des motifs, Locré, t. 12, p. 319.

647) Recht unbestimmt lautet die Fassung des preufsischen Allgemeinen Landrechts, Teil 1, Tit. 4, § 75: „Irrtum im Wesentlichen des Geschäfts oder in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung macht dieselbe ungültig", und weiter § 77: „Auch Irrtum in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache vereitelt die Willenserklärung." Sollte hier ein ausdrückliches dictum promissum bestimmter Eigenschaften gemeint sein, dann verfügte § 77 etwas ganz Selbstverständliches. So darf aber nach der jetzt verbreitetsten Interpretation der citierte Paragraph nicht aufgefafst werden. Man richtet sich danach, was im Verkehr und Leben als wesentlich gilt. Es fragt sich, „ob nach dem Durchschnitt der Fälle das Geschäft präsumtiv auch dann abgeschlossen worden wäre, wenn der Handelnde das Sachverhältnis gekannt hätte." Dernburg: Lehrbuch des preufsischen Privatrechts, B. 1, § 108, S. 225. Siehe auch Koch: Allgemeines Landrecht für die preufsischen Staaten, B. 1, S. 184, N. 84.

648) Handbuch des Handelsrechts, § 61, cf. auch Römer in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, B. 23, S. 15. Aber schon Renaud im Archiv für die civ. Praxis, B. 28, S. 254 bemerkt gegen Savigny, dafs es „im Verkehr keine absolute Klassifikation der Sachen giebt".

649) Vergl. die Darstellung Ofners: Über den Einflufs des wesentlichen Irrtums auf Verträge in Grünhuts Zeitschrift, B. 17, S. 337. Er legt auf das Interesse unbeteiligter Dritter fast alles Gewicht.

650) Kohler a. a. O. S. 253.

651) Vergl. auch Isay: Die Willenserklärung im Thatbestand des Rechtsgeschäfts, S. 4.

652) L. 25. § 1. Dig. de leg. 3; vergl. Anm. 574.

653) Mit Recht betont vom Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich § 157: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es fordern." Das genügt ohne Zweifel. Es war daher ein Mifsgriff der Verfasser des ersten Entwurfes, wenn sie hier verschiedene Abstufungen der Culpa unterscheiden wollten, §§ 95—99. Die Grenze zwischen den einzelnen Graden der Fahrlässigkeit in der Willenserklärung ist gar nicht fafsbar. Vergl. über die völlige Wertlosigkeit jener „spitzfindigen Unterscheidung" die Bemerkungen Ofners a. a. O. S. 333 ff. und die dort citierten Schriftsteller. Für die Auslegung nach Treu und Glauben spricht, wie Danz a. a. O. S. 139 ff., zutreffend annimmt, auch § 133 des Bürgerlichen Gesetzbuches: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften." Freilich ist dann in § 460 desselben Gesetzbuchs wiederum von grober Fahrlässigkeit des Käufers beim Abschlufs des Vertrages die Rede. Vergl. auch die Verhandlungen des zwanzigsten Deutschen Juristentages, B. 3, S. 8 ff., und Danz: Laienverstand und Rechtsprechung in Iherings Jahrb., B. 38, S. 427 ff.

654) So verfügt das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch § 876. Eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 15. November 1883 hat in diesem Sinne das Richtige getroffen. Der Käufer eines Grundstückes wollte den Kauf anfechten, da sich das Vertragsobjekt nicht, wie er irrtümlich angenommen hatte, zur Aufführung von Gebäuden eigne, somit einer wesentlichen Eigenschaft entbehre. Mit Recht legt das Reichsgericht darauf Gewicht, dafs eine aufmerksame und sorgfältige Vertragspartei diese Eigenschaft des gekauften Bodens hätte besonders ausbedingen müssen. Es bilde „keine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft von Grundstücken" schlechthin, dafs sie sich zur Aufführung von Bauten eignen. Siehe Gruchot: Beiträge, B. 28, S. 908; vergl. auch Hesse in Iherings Jahrb., B. 15 (N. F. 3), S. 216ff.; Bähr: Über Irrungen im Kontrahieren in Iherings Jahrb., B. 14 (N. F. 2), S. 400ff., sowie Ihering: Culpa in contrahendo in demselben Jahrb., B. 4, S. 82ff.

655) Hierin besteht der leitende Gedanke von Ofners oben citiertem Aufsatz; siehe auch Bähr a. a. O. S. 421 ff.

656) Für uns ist es vom gröfsten Interesse, dafs unbefangene Kommentatoren des Art. 55 die Grundlage der wechselrechtlichen Haftung nur im Wesen des Wechselvertrages oder im dolus des falsus procurator erblicken. Allein an diese Schranken hat man sich zu halten. Vergl. Hartmann: Das deutsche Wechselrecht, S. 105, und Renaud: Lehrbuch des allgemeinen deutschen Wechselrechts, Aufl. 3, S. 53.

657) Ofner a. a. O. S. 338.

658) Vergl. Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, § 119, Abs. 2, cit. oben S. 311.

659) Vergl. oben § 12, S. 266 ff.

660) Vergl. Entscheid. des Reichsger., B. 13, S. 281 ff. über den Verkauf eines Wohnhauses mit Schwammbildung: „Das Freisein des Hauses vom Hausschwamm ist eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft des Hauses". Ein Gebäude von dieser Art ist eine ungesunde, schädliche Wohnstätte, als solche mufs es womöglich aus dem Verkehr entfernt werden.

661) Kann auch der Wert in diesem Sinne als Eigenschaft gelten? Vergl. Entscheid. des Reichsger., B. 21, S. 309 ff.

662) Über die auslegende und ergänzende Bedeutung der Handelsusancen vergl. Laband in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, B. 17, S. 466ff. ferner Danz in Iherings Jahrb., B. 38, S. 421 ff. 474 ff. Siehe Seuffert: Archiv, Bd. 35 (N. F. 5), N. 60, wonach die Lieferung von Sommererbsen statt Wintererbsen wegen Gattungsverschiedenheit als ungiltig anerkannt wurde. Bildet die „Gerbbarkeit" oder die „Trockenheit" beim Verkauf von Häuten resp. von Leder eine wesentliche Eigenschaft? Entscheid. des Reichs-Oberhandelsger., B. 10, S. 350 ff., B 11, S. 282 ff. Irrtum über den Wert des gekauften Objekts ist kein Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft; Entscheid. des Reichs-Oberhandelsger., B. 22, S. 389 ff. Der Irrtum über die

Echtheit einer gewissen Cigarrettenmarke ist ein wesentlicher Irrtum: Entscheid. des Reichs-Oberhandelsger., B. 19, S. 403. Unklar ist die Entscheid. des Reichsgerichts — B. 19, S. 260 ff. —, wonach ein Irrtum über die auf dem gekauften Grundstück liegende Steuerlast kein „wesentlicher" Irrtum sei, vielmehr nur das Motiv der Willensbildung betreffe. Dagegen gilt beim Ankauf von Patentrechten der Irrtum über das Vorhandensein eines Patents für die gleiche Erfindung als wesentlich: Entscheid. des Reichsger., B. 20, S. 95 ff. Auch Eck — Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines Bürgerl. Gesetzb., Heft 1, S. 45 — bemerkt, dafs die Vorschrift des § 119, Abs. 2 namentlich bei Waren Anwendung finde, „wenn der Irrtum Eigenschaften betrifft, die Klassifikationsfaktoren sind". Ein Fortschritt des Bürgerl. Gesetzbuches liegt darin, dafs es nicht, wie die moderne Litteratur nach Savigny, vom wesentlichen (unechten) und unwesentlichen (echten) Irrtum spricht, sondern vom Irrtum über „wesentliche Eigenschaften"; nicht das subjektive Denken ist wesentlich, sondern die objektive Beschaffenheit der Sache. Vergl. auch Leonhard: Der Allg. Teil des Bürgerl. Gesetzb., S. 474, ferner S. 492 ff. Klassifikationsfaktoren hat, wie es scheint, auch Marcadé im Auge: Explication du Code civil, t. IV, p. 367.

663) Statt anderer siehe Ofner a. a. O. S. 339.

664) Danz a. a. O. S. 76 ff.; von demselben in Iherings Jahrb., B. 38, S. 377 ff., siehe aber auch Regelsberger: Pandekten, B. 1, § 22, S. 101.

665) Danz a. a. O. S. 80; vergl. auch Lenel in Iherings Jahrb., B. 44, S. 9. 10.

666) Vergl. oben S. 315 ff.

667) Vergl. oben S. 317 ff.

668) Enneccerus und Lehmann: Das bürgerl. Recht, B. 1, § 63, S. 147. 148, sprechen von der „wirtschaftlichen" Bedeutung. Das ist auch keine sichere Stütze. Die Auffassung über das, was wirtschaftlich wesentlich ist, bleibt für die Identität der Sache ebenso schwankend, wie der Begriff des Verkehrs, sofern nicht gerade der Handelsumsatz in Frage kommt. Cf. damit die beachtenswerten Einwände Kuhlenbecks: Von den Pandekten zum Bürgerl. Gesetzbuch, B. 1, S. 426 ff. Dagegen vertritt Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerl. Rechts, B. 1, § 64, S. 207, den altrömischen Standpunkt vom Wesen der Sache. Strübe — Das Bürgerl. Gesetzbuch, S. 26 — bemerkt: „Der Irrtum mufs im Hinblick auf die subjektive Lage des Irrenden und die Verkehrssitte als ein wesentlicher erscheinen".

669) Vergl. Kohler: Irrtum im Gemäldehandel in Iherings Jahrb., B. 28, S. 256 ff. Falls besondere dicta promissa nicht vorliegen, spielt der vereinbarte Preis eine wichtige Rolle, insbesondere wo Irrtum über die Originalität von Kunstwerken in Frage kommt. Siehe z. B. die Entscheid. der französischen Gerichte auf S. 266. 269 u. a. m.; „l'importance des prix" bildet hier eine wichtige Handhabe. Vergl. Entscheid. des Reichs-Oberhandelsger., B. 23, S. 30. Der Irrtum über die Person des Herstellers eines Kupferstiches ist wesentlich. Ferner auch Seuffert: Archiv, B. 38 (N. F. 8),

N. 101, über den Verkauf einer Amatigeige, wobei der vereinbarte Liebhaberpreis als wichtiges Moment angesehen wird. Vergl. Hölder: Pandekten, § 45, S. 240; siehe auch oben Anm. 661.

670) Protokolle, B. 1, S. 110 ff. Ferner Leonhard: Der Allg. Teil des Bürgerl. Gesetzb., S. 485 ff. Dieser subjektive Mafsstab steht natürlich dem nicht im Wege, dafs, wie Leonhard treffend bemerkt, „die Beachtlichkeit des Irrtums nicht mehr dem inneren Willen, der dem Erklärungsakt vorausgeht, entnommen wird, sondern dem äufserlich wahrnehmbaren Thatbestand der Erklärung.“ S. 487. Die konkrete Seite der Frage hat richtig erkannt Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Aufl. 8, § 71, N. 21: Wesentlich sei die Eigenschaft, welche die Sache für das vorliegende Rechtsgeschäft als eine andere erscheinen lasse, als die ist, wofür sie vom Erklärenden angesehen wurde.

671) Der Mangel eines inneren Zusammenhanges zwischen den beiden Absätzen des § 119 ist bereits früher hervorgehoben worden, so von Planck: Bürgerl. Gesetzbuch, B. 1, S. 169, ad § cit.

672) Sowohl das Wort: „Eigenschaft“ als auch namentlieh der Ausdruck „wesentlich“ verursachen der modern-empirischen Richtung viel Schwierigkeiten. Man bemüht sich redlich die Begriffe zu erklären, es mangeln aber doch überall die festen Anhaltspunkte; siehe Leonhard: Der Allg. Teil des Bürgerl. Gesetzb., S. 493 ff.

673) Vergl. aufser unseren Ausführungen auf S. 117 ff. auch Kuhlenbeck a. a. O.

674) Die physische Verbindung betont mit besonderem Nachdruck Marcadé: Explication du Code civil, t. II, p. 336 seqq. Sehr gut unterscheidet Biermann — Superficies solo cedit — in Iherings Jahrb., B. 34 (N. F. 22), S. 218 eine körperliche und innerliche, wir würden sagen begriffliche Verbindung.

675) Einen grundsätzlichen Unterschied zwischen den einfachen und zusammengesetzten Sachen macht der Jurist hier aber nicht. Mit Unrecht wird daher diese Scheidung besonders betont von Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Aufl. 8, B. 1, § 142, S. 616 ff.

676) Die bekannte L. 30. pr. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3 führt gleichfalls als hauptsächliche Schulbeispiele für das συνημμένον aedificium und navis an. Vergl. auch L. 36. Dig. de evictionibus 21. 2 cit. Anm. 327; L. 7. pr. Dig. de except. rei jud. 44. 2 cit. S. 65 und 469.

677) Siehe oben S. 39 ff.; ferner L. 139. § 1. Dig. de verb. sign. 50. 16. Ulpianus libro septimo ad legem Juliam et Papiam: „Perfecisse' aedificium is videtur, qui ita consummavit, ut jam in usu esse possit.“ Ebenso sagt Labeo L. 245. pr. Dig. eod. tit: „ornatus enim aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur“; der Schmuck des Hauses gehört nicht zu seiner Vollendung und zu seinem Begriff, er tritt zum vollendeten Ding hinzu und ist daher nicht Begriffsteil, pars aedificii.

678) Vergl. z. B. L. 38. § 2. Dig. de act. empt. vend. 19. 1 cit. Anm. 683, ebenso L. 8. Dig. quod vi aut clam. 43. 24 cit. Anm. 350.

679) L. 245. pr. Dig. de verb. sign. 50. 16. Pomponius libro decimo epistularum: „Statuae adfixae basibus structilibus aut tabulae religatae catenis aut erga parietem adfixae aut si similiter cohaerent lychni, non sunt aedium: ornatus enim aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur. idem Labeo ait.“ Meist natürlich sind solche Schmuckstücke auch nicht einmal physisch mit der Hauptsache verbunden, sondern nur lose aufgestellt, das ist aber in jedem Falle gleichgiltig, da nur ihre Zweckbestimmung maſsgebend bleibt.

680) L. 17. § 3. Dig. de act. empt. vend. 19. 1. Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum: „Quae tabulae pictae pro tectorio includuntur itemque crustae marmoreae aedium sunt.“ Vergl. unsere Ausführungen über die stoische Lehre von der pictura oben S. 173 ff.

681) L. 17. pr. Dig. eod. 19. 1: „multa etiam defossa esse neque tamen fundi aut villae haberi, ut puta vasa vinaria torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent.“ Vergl. damit den Fall, wo die „dolia“ im Boden eines Warenspeichers nicht eines Wohnhauses eingegraben waren: L. 76. pr. Dig. de contr. empt. 18. 1. Paulus libro sexto responsorum: „Dolia in horreis defossa si non sint nominatim in venditione excepta, horreorum venditioni cessisse videri.“ Beim Verkauf eines Grundstückes müssen die dort vergrabenen dolia ausdrücklich im Vertrage als mitverkauft erwähnt werden, da sie sonst dem Käufer nicht zufallen würden; cf. L. 54. § 1. Dig. de act. empt. vend. 19. 1. Ebenso ist es bestritten, ob der legierte Niessbrauch am Grundstück sich auch auf hier eingegrabene dolia erstrecke; L. 15. § 6. Dig. de usu fructu. 7. 1. Vergl. Seuffert: Archiv, B. 36 (N. F. 6), N. 256. Es handelt sich hier um die Pertinenzqualität (wir würden sagen Teilqualität) einer im Fabrikgebäude eingemauerten Dampfmaschine. Mit Recht wird darauf hingewiesen, daſs letztere als selbständige Sache in dem Fall angesehen werden könnte, wenn sie einem Gewerbe oder Geschäft diente, welches der bisherige Eigentümer nur für seine Person auf dem Grundstück betrieb, ohne daſs jenes Gewerbe als Realgerechtsame mit dem Immobil verbunden war; wir würden sagen, begrifflich zu ihm gehörte. Der Kessel einer Dampf- und Wasserheizung dagegen ist ohne Zweifel Bestandteil des Hauses, da er dem Wesen nach zum Gebäude gehört, dessen Erwärmung in kalter Jahreszeit ohne ihn unmöglich wäre. Siehe auch Kohler: Die Lehre von den Pertinenzen in Ihrings Jahrb., B. 26, S. 10 ff.

682) Über die Bedeutung des Kiels vergl. L. 61. Dig. de rei vind. 6. 1 cit. Anm. 84 und L. 24. § 4. Dig. de leg. 1. Pomponius libro quinto ad Sabinum: „Si navem legavero et specialiter meam adscripsero eamque per partes totam refecero, carina eadem manente nihilo minus recte a legatario vindicaretur.“ Siehe auch L. 10. § 7. Dig. 7. 4 cit. Anm. 83. Über das Verhältnis des Fundaments zum Begriff des Hauses giebt es gleich-

falls bestimmte Quellenzeugnisse; vergl. L. 83. § 5 in fin. Dig. de verb. obl. 45. 1. Paulus libro septuagensimo secundo ad edictum .... „sicuti de aedibus deposita tigna ea mente, ut reponantur, aedium sunt, sed si usque ad aream deposita sit, licet eadem materia restituatur, alia erit.“ Das Haus gilt dann erst als vernichtet, wenn es bis auf die „area“ d. h. bis auf den Grund zerstört ist, siehe L. 5. § 2. Dig. quibus modis usus fruct. vel usus amittitur. 7. 4. Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum: „Rei mutatione interire usum fructum placet: veluti usus fructus mihi aedium legatus est, aedes corruerunt vel exustae sunt: sine dubio extinguitur. an et areae? certissimum est exustis aedibus nec areae nec caementorum usum fructum deberi.“ Vergl. damit L. 57. § 1. Dig. de contr. empt. 18. 1. Paulus libro quinto ad Plautium: „si vero quantacumque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emptori quod interest restituere.“ Also das geringste Überbleibsel des Hauses erhält den ganzen Begriff aufrecht. Siehe ferner L. 10. § 1. Dig. 7. 4. Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum: „Non tantum si aedes ad aream redactae sint, usus fructus extinguitur“ etc. L. 65. § 2. Dig. de leg. 1.

683) L. 17. pr. Dig. de act. empt. vend. 19. 1. Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum ... „aedium multa esse, quae aedibus adfixa non sunt. ignorari non oportet, ut puta seras claves claustra.“ Dasselbe sagt Ulpian in L. 12. § 24. Dig. de instruct. vel instrum. leg. 33. 7: „Fistulae autem et canales et crateres et si qua sunt alia ad aquas salientes necessaria, item serae et claves magis domus portio quam domus instrumentum sunt.“ L. 245. § 1. Dig. de verb. sign. 50. 16. Pomponius libro decimo epistularum: „Prothyrum, quod in aedibus iterum qui fieri solet, aedium est.“ L. 242. pr. Dig. de verb. sign. 50. 16. Javolenus libro secundo ex posterioribus Labeonis: „Malum navis esse partem, artemonem autem non esse Labeo ait, quia pleraeque naves sine malo inutiles essent, ideoque pars navis habetur.“ Der Mast ist ein Teil des Schiffes, weil der „usus“ des letzteren ohne den Mast unmöglich wäre — „sine malo inutilis esset.“ Fenster „specularia“ sind ohne Rücksicht auf ihre physische Verbindung mit dem Hause Teile des letzteren; cf. L. 12. § 25. Dig. 33. 7. Ulpianus libro vicesimo ad Sabinum: „Specularia quoque adfixa magis puto domus esse partem: nam et in emptione domus et specularia et pegmata cedere, sive in aedificio sunt posita sive ad tempus detracta.“ Über Wasserleitungsvorrichtungen und ihre Teilqualität, trotzdem sie körperlich nicht mit dem Hause zusammenhängen, giebt es reichhaltiges Quellenmaterial. Zu Celsus Zeit, scheint es, bestanden hierüber noch Zweifel, die übrigens schon damals in positivem Sinn entschieden wurden; L. 38. § 2. Dig. de act. empt. vend. 19. 1. Celsus libro octavo digestorum: „Firmus a Proculo quaesiit, si de plumbeo castello fistulae sub terram missae aquam ducerent in aenum lateribus circumstructum, an hae aedium essent an ut ruta caesa vincta fixaque quae aedium non essent. ille rescripsit referre, quid acti esset. quid ergo si nihil de ea re neque emptor neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in ejusmodi

rebus evenisse solet, nonne propius est, ut inserta et inclusa aedificio partem ejus esse existimemus?" Hier wird noch auf die physische Verbindung als objektives Moment Gewicht gelegt, aber immer sicherer lautet die Sprache der Juristen, und allmählich schwinden alle Zweifel über die begriffliche Teilqualität. Freilich in L. 17. § 7. Dig. de act. empt. vend. 19. 1 begegnen wir noch einer gewissen Zurückhaltung: „fistulae temporis causa positae non sunt aedium, verum tamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt." Dafs aber die körperliche Verbindung für die Teilqualität der „fistulae" etc. ohne Belang sei, wird in folgenden Stellen betont: L. L. 48. 49. Dig. de contr. empt. 18. 1. Paulus libro quinto ad Sabinum: „licet (ipsae fistulae) extra aedes sint: L. 49. Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum et quamquam jus aquae non sequatur, quod amissum est, attamen fistulae et canales dum sibi sequuntur, quasi pars aedium ad emptorem perveniunt. et ita Pomponius libro decimo putat." Ferner L. 15. Dig. de act. empt. vend. 19. 1. Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum: „fistulae quoque, quae salientibus junguntur, quamvis longe excurrant extra aedificium, aedium sunt." Schliefslich L. 17. § 8. Dig. eod. tit. 19. 1. Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum: „Castella plumbea, putea, opercula puteorum, epitonia fistulis adplumbata (aut quae terra continentur quamvis non sint adfixa) aedium esse constat." Cf. L. 30. Dig. de damno infecto. 39. 2., L. 2. Cod. de servit. 3. 34. Über Dachziegeln L. 8. Dig. quod vi aut clam. 43. 24, wo die tegulae als Teile des Hauses bezeichnet werden: „per se tegulae non possidentur.... nec ad rem pertinet, adfixae sunt an tantum positae." Vergl. über die Bestandteile von Gebäuden Biermann: Superficies solo cedit in Iherings Jahrb., B. 34, S. 176 ff., ferner S. 210 ff.

684) Hierfür giebt es gleichfalls zahlreiche Belege, vergl. L. 17. § 10. Dig. de act. empt. vend. 19. 1. Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum: „Ea, quae ex aedificio detracta sunt ut reponantur, aedificii sunt: § 11. Pali, qui vineae causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt, sed qui exempti sunt hac mente ut collocentur, fundi sunt." Vergl. ferner L. 18. § 1. Dig. eod. Javolenus libro septimo ex Cassio: „Tegulae ..., quae detractae sunt ut reponerentur: aedibus enim accedunt." Sie sind richtige Bestandteile, keine ruta et caesa; siehe ferner L. 83. § 5. in fin. Dig. de verb. obl. 45. 1 cit. auf S. 335. L. 242. § 4. Dig. de verb. sign. 50. 16. Javolenus libro secundo ex posterioribus Labeonis: „Straturam loci alicujus ex tabulis factis, quae aestate tollerentur et hieme ponerentur, aedium esse ait Labeo, quoniam perpetui usus paratae essent: neque ad rem pertinere, quod interim tollerentur." Vergl. L. 43. Dig. de rei vind. 6. 1, wo gleichfalls der Bestimmung von Materialien, die zeitweilig aus dem Gebäude entfernt sind, Erwähnung geschieht. Von Bedeutung ist auch L. 19. § 4. Dig. locati 19. 2. Ulpianus libro trigesimo ad edictum: „Si inquilinus ostium vel quaedam alia aedificio adjecerit, quae actio locum habeat? et est verius quod Labeo scripsit competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat, sic tamen, ut damni infecti

caveat, ne in aliquo dum aufert deteriorem causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat." Es fragt sich, weshalb wird hier die vom Mieter angebrachte Thür nicht als pars aedificii angesehen, während sie doch sonst unbedenklich zum Begriff des Hauses gehört? Die Antwort lautet, weil der animus oder das consilium domini den Begriff gestaltet und die Thür im gegebenen Falle nicht auf Grund dieses animus, sondern durch die Handlung einer aufserhalb stehenden Person angebracht wurde. Sie bleibt daher ein selbständiger Sachkörper, wird nicht Teil des Hauses und kann ohne weiteres entfernt werden. Ein auf die Teilqualität der fremden Thüren und Fenster gerichteter animus des Hauseigentümers wird hier überhaupt gar nicht zugelassen, da an Gegenständen, welche mit einem Gebäude verbunden sind, während der Dauer jener Verbindung weder Besitz noch Ersitzung möglich sind. Vergl. L. 59. Dig. de rei vind. cit. Anm. 357.

685) Auf dieser Unkenntnis beruhen all' jene Schwierigkeiten, welche die sog. „Willkür des Eigentümers" in der Destination von Teilen und Pertinenzen verursachte; vergl. Funke: Die Lehre von den Pertinenzen, 1827, S. 5 ff.

686) Von grofsem Interesse ist L. 10. Dig. de leg. 2. Javolenus libro primo ex Plautio: „Cum fundus nominatim legatus sit, si quid ei post testamentum factum adjectum est, id quoque legato cedit, etiamsi illa verba adjecta non sint „qui meus erit", si modo testator eam partem non separatim possedit, sed universitati prioris fundi adjunxit." Ein locus sacer oder religiosus kann gleichfalls als accessio eines Grundstückes gelten, zu seiner universitas hinzutreten; siehe L. 24. Dig. de contr. empt. 18. 1. Vergl. auch L. 20. § 7. Dig. de instruct. vel instrum. leg. 33. 7 . . . „si prata fundo Graeciano ita conjunxisset, uti sub una fundi appellatione haberentur" . . .

687) L. 24. § 2. Dig. de leg. 1. Pomponius libro quinto ad Sabinum: „Si quis post testamentum factum fundo Titiano legato partem aliquam adjecerit, quam fundi Titiani destinaret, id quod adjectum est exigi a legatario potest (et similis est causa alluvionis) et maxime si ex alio agro, qui fuit ejus cum testamentum faceret, eam partem adjecit." Immerhin wollen wir nicht leugnen, dafs diese Teilqualität der Grundstücke in den Quellen mit Vorsicht behandelt werden mufs. Die „adjectio" konnte in verschiedenem Sinn und mit ungleichen rechtlichen Folgen vor sich gehen. So statuiert z. B. Julian trotz adjectio eine gesonderte Ersitzung der fundi, siehe L. 7. § 1. Dig. pro emptore. 41. 4. Gegen unsere Hypothese könnte freilich der Umstand sprechen, dafs die citierten Beispiele letztwilligen Verfügungen entlehnt sind, hinsichtlich deren, wie wir später sehen werden, besondere Regeln bestanden. Es kam hier eben nur darauf an, die prinzipielle Möglichkeit solcher Verbindungen hervorzuheben.

688) Über die organischen Erzeugnisse, S. 58 ff. Hier wird von „angeblichen" Pertinenzen gesprochen. Aber schon Gesterding. Irrtümer, S. 347, hat den sog. Pertinenzbegriff stark untergraben. Göpperts Ein-

schränkungen sind dann auch von Kohler vollkommen anerkannt und weiter begründet, vergl. Zur Lehre von den Pertinenzen in Iherings Jahrb., B. 26, (N. F. 14), S. 23: „Der Begriff der Pertinenzen im Gegensatz zu dem der Sachteile ist von den Römern nicht durchgeführt worden"; und weiter S. 30: „Die Römer haben also zwischen Pertinenzen und Sachteilen keine feste Grenze gezogen, sie hatten bei der Geringfügigkeit ihres Pertinenzkatalogs kein genügendes Interesse daran." Sehr richtig! Aber bei genauer Durchsicht der Quellen müssen Zweifel am Bestand jener Kategorie überhaupt aufsteigen. Unsere völlige Ablehnung des sog. Pertinenzbegriffes für das römische Recht wird daher schwerlich auf Widerspruch stofsen. Auch Funke a. a. O. S. 47 bemerkt, das römische Recht unterscheide nicht zwischen Teilen und Pertinenzen. Er schiebt das aber auf die Unklarheit der klassischen Juristen in dieser Frage, sie hätten hier keine allgemeinen, leitenden Grundsätze gekannt, sondern so entschieden, wie es der Lage der Sache gerade angemessen erschien; S. 2 ff.

689) Cf. über Pfähle L. 17. § 11. Dig. de act. empt. vend. 19. 1 cit. oben Anm. 684; über Dünger L. 17. § 2. Dig. eod. cit. Anm. 692.

690) Vergl. oben S. 38 und Anm. 84.

691) L. 15. pr. Dig. de contr. empt. 18. 1. Paulus libro quinto ad Sabinum: „Et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est." Cf. § 1. Inst. de inutil. stip. III. 19.

692) Vergl. Anm. 683 und die dort angeführten Quellenstellen. Siehe ferner L. 17. § 2. Dig. de act. empt. vend. 19. 1. Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum: „Fundo vendito vel legato sterculinum et stramenta emptoris vel legatarii sunt, ligna autem venditoris vel heredis, quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt." Das sind alles sehr wichtige Präsumptionen zum Zweck einer correcten Beweisverteilung. Der Dünger ist Bestandteil des Bodens, mit dem er verschmelzen soll, das Brennholz hat mit dem Grundstück und seiner Bestimmung nichts gemein, es dient nur den zeitweiligen Bewohnern. Aber auch den Dünger hat man späterhin nicht schlechtweg als Teil des Grundstückes angesehen, sondern dem Verkäufer freigestellt, den Beweis zu führen, dafs er ihn in seinem consilium nicht mit der Erde verbunden, sondern zu selbständigen Zwecken bestimmt habe. Der Dünger ist in diesem Falle nicht pars fundi, er hat sein eigenes rechtliches Schicksal; denn weiter heifst es im citierten Fragment: „In sterculino autem distinctio Trebatii probanda est, ut, si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emptorem sequatur, si vendendi, venditorem, nisi si aliud actum est." Der Zusatz: „nisi si aliud actum est" ist nicht sehr glücklich gefafst und wie alle sog. „Nisisätze" möglicherweise Beiwerk der Kompilatoren, seinem Inhalt nach betont er das Verhältnis der prozefsualen Präsumption gegenüber besonderen Vereinbarungen. Die neuen Materialien, welche noch nie mit der verkauften

Sache verbunden waren, sind keine Teile, siehe L. 17. § 5. Dig. eod. tit.: „Item quod insulae causa paratum est, si nondum perfectum est, quamvis positum in aedificio sit, non tamen videtur aedium esse. § 11. Pali, qui vineae causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt." Ganz ebenso urteilen die Praktiker des Allg. Preufs. Landrechts über die sog. Substanzteile. Trotz des Abbruches sollen Baumaterialien juristisch als Immobilien gelten, „solange ihnen nicht die Bestimmung entzogen wird, als Gebäude zu dienen", und weiter: „diese Bestimmung ist ein Faktor, aus dem ihre Unbeweglichkeit mit entspringt und der diesen ihren Charakter konserviert." Gruchot: Beiträge, B. 6, S. 536. „Ein Gebäude kann, auch wenn es abgebrochen ist, noch immer juristisch eine unbewegliche Sache darstellen." Ibid. S. 541, ebenso Gruchot a. a. O. B. 14, S. 903.

693) L. 17. § 6. Dig. de act. empt. vend. 19. 1. Ulpianus libro trigesimo secundo at edictum: „Si ruta et caesa excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta, quae eruta sunt, ut harena creta et similia: caesa ea esse, ut arbores caesas et carbones et his similia. Gallus autem Aquilius, cujus Mela refert opinionem, recte ait frustra in lege venditionis de rutis et caesis contineri, quia, si non specialiter venierunt, ad exhibendum de his agi potest neque enim magis de materia caesa aut de caementis aut de harena cavendum est venditori quam de ceteris quae sunt pretiosiora." Dasselbe hat auch Quintus Mucius vertreten L. 66. § 2. Dig. de contr. empt. 18. 1. Pomponius libro trigensimo primo ad Quintum Mucium: „Quintus Mucius scribit, qui scripsit, ‚ruta caesa quaeque aedium fundive non sunt', bis idem scriptum: nam ruta caesa ea sunt quae neque aedium neque fundi sunt."

694) Demelius: Die Exhibitionspflicht, S. 74.

695) Dafs die L. 57. cit. in hohem Grade die Thätigkeit der Kompilatoren erkennen läfst, wird heute ganz allgemein behauptet und soll auch nicht bestritten werden, ja es scheint sogar, als hätten sie sich hier gewissermafsen einen Tummelplatz für ihre kasuistisch-scholastische Methode hergerichtet. Vergl. abgesehen von den gröfseren Pandektenlehrbüchern, die fast sämtlich Anstofs an dieser Stelle genommen haben, insbesondere die Bemerkungen von Eisele in der Zeitschrift für Rechtsgesch., rom. Abteil., B. 7, S. 30.

696) Der Besitzwille, S. 267 ff. Das Oberflächliche, um nicht zu sagen, Leichtfertige der Iheringschen Beweisführung ist von einem anderen Gesichtspunkte aus bereits kräftig gekennzeichnet worden durch Kuntze: Zur Besitzlehre für und wider Rudolph von Ihering, S. 15 ff., S. 92 ff. und Hölder in der Krit. Vierteljahrsschrift, B. 34, S. 242 ff. Siehe auch die kurze Bemerkung von Riccobono im Archiv für die civ. Praxis, B. 80 (N. F. 30), S. 124 ff.

697) Vergl. darüber die allgemeinen Erörterungen bei Einert: De actione ad exhibendum, Lipsiae, 1816. Bühler: Die actio ad exhibendum. Züricher Dissert., 1859, und in ausführlicher Darstellung bei Demelius: Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das klassische u. heutige Recht, 1872.

698) L. 3. § 7. Dig. ad exhibendum. 10. 4. Die Bedeutung der actio ad exhibendum in Prozessen um Sklaven hat besonders Demelius hervorgehoben und klargestellt. Vergl. a. a. O. S. 65 ff., ebendaselbst S. 144 ff.

699) Vergl. über diese Funktion Demelius a. a. O. S. 100 ff.

700) Vergl. namentlich L. 7. §§ 1. 2. Dig. ad exhibendum. 10. 4.

701) Siehe darüber Brinz: Pandekten, § 209; ferner Demelius a. a. O. S. 35 ff., besonders seine guten Einwände gegen Girtanner auf S. 103. Über die Formel dieser Klage siehe Lenel: Edictum perpetuum, S. 173.

702) Baron: Gesammtrechtsverhältnisse, S. 29.

703) Vergl. unsere Ausführungen oben auf S. 277 ff.

704) Siehe L. 21. Dig. de instruct. vel instrum. leg. 33. 7. Pomponius libro primo fideicommissorum: „Cum fundus sine instrumento legatus sit, dolia molae olivariae et praelum et quaecumque infixa inaedificataque sunt fundo legato continentur, nulla autem ex his rebus quae moveri possunt paucis exceptis fundi appellatione continentur.“ Vergl. damit L. 17. pr. Dig. de act. empt. vend. 19. 1, wo der allgemeine Begriffsstandpunkt für Verträge dargelegt wird: „multa etiam defossa esse neque tamen fundi aut villae haberi, ut puta vasa vinaria torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent.“ Im Vermächtnis sind die eingegrabenen Fässer oder Urnen als Bestandteil und nicht als instrumentum zu behandeln, während sie in Verträgen zum instrumentum zählen und daher nicht ohne weiteres das rechtliche Schicksal der Hauptsache teilen; cf. Anm. 681 die Fälle, wo die dolia bei Verträgen sogar als wahre Teile gelten.

705) Von letztwilligen Verfügungen handelt L. 12. § 23. Dig. de instruct. vel instrum. leg. 33. 7. Ulpianus libro vicesimo ad Sabinum: „Papinianus quoque libro septimo responsorum ait: sigilla et statuae adfixae instrumento domus non continentur, sed domus portio sunt.“ Vergl. damit L. 245. pr. Dig. de verb. sign. 50. 16. Pomponius libro decimo epistularum: „Statuae adfixae basibus structilibus aut tabulae religatae catenis aut erga parietem adfixae aut si similiter cohaerent lychni, non sunt aedium.“

706) L. 63. Dig. de leg. 1. Celsus libro septimo decimo digestorum: „Si ancillas omnes et quod ex his natum erit testator legaverit, una mortua Servius partum ejus negat deberi, quia accessionis loco legatus sit: quod falsum puto et nec verbis nec voluntati defuncti accommodata haec sententia est.“ Aufser den verba und der voluntas testatoris wird kein allgemeines Prinzip darüber, was accessio ist, anerkannt.

707) L. 20. § 6. Dig. de instruct. vel instrum. leg. 33. 7., L. 91. § 4. Dig. de leg. 3.

708) L. 17. Dig. de auro argento 34. 2. Ulpianus libro vicesimo primo ad Sabinum: „Si gemma ex anulo legetur vel aliae materiae junctae vel emblemata, recte legantur: et separantur et praestanda sunt.“

709) L. 10. § 7. Dig. quibus modis usus fruct. vel usus amittitur. 7. 4. Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum: „In navis quoque usu fructu Sabinus

scribit, si quidem per partes refecta sit, usum fructum non interire: si autem dissoluta sit, licet isdem tabulis nulla praeterea adjecta restaurata sit, usum fructum extinctum: quam sententiam puto veriorem. nam et si domus fuerit restituta, usus fructus extinguitur." Dafs es sich hier um das Vermächtnis eines Niefsbrauches handelt, kann gar nicht bezweifelt werden, da in der ganzen L. 10 cit. nur von Legaten die Rede ist. Übrigens ist diese Auffassung des Sabinus und Ulpian für die Begriffsphilosophie auch sonst noch von Interesse, vergl. darüber S. 38. Sobald dagegen Vertragsverhältnisse in Frage kommen und die objectiven Bestimmungen über den Begriff und seine Bestandteile zur Anwendung gelangen, findet eine genaue Prüfung des „Consiliums", mit welchem die Wiederherstellung des körperlichen Zusammenhanges der Teile erfolgte, statt; vergl. insbesondere L. 83. § 5. Dig. de verb. obl. 45. 1 cit. auf S. 335.

710) L. 4. Dig. de adimend. vel transfer. leg. 34. 4.

711) L. 22 in fin. Dig. de leg. 1. Pomponius libro quinto ad Sabinum: „quemadmodum insula legata, si combusta esset, area possit vindicari."

712) Vergl. namentlich L. 10. Dig. de leg. 2 cit. Anm. 686; hier wird ausdrücklich alles Gewicht darauf gelegt, dafs der Testator die fragliche Parzelle selbst nach Abfassung des Testamentes der „universitas" des vermachten Landgutes angliederte „universitati prioris fundi adjunxit". Eine besondere nachträgliche Verfügung erklärt der Jurist für überflüssig. Dasselbe sprechen aus L. 20. § 7. Dig. de instruct. vel instrum. leg. 33. 7. und L. 24. § 2. Dig. de leg. 1 cit. Anm. 687; ferner auch L. 8. pr. Dig. de leg. 1. und L. 1. Dig. de reb. dub. 34. 5. Die Begriffstheorie ist auch in §§ 18. 19. Inst. de leg. II. 20 cit. Anm. 161. 166 vertreten.

713) Cf. Tit. Dig. de instruct. vel instrum. leg. 33. 7.

714) L. 41. § 1. Dig. de leg. 1. Ulpianus libro vicesimo primo ad Sabinum: „Sed ea quae aedibus juncta sunt legari non possunt, quia haec legari non posse senatus censuit Aviola et Pansa consulibus."

715) Vergl. insbesondere L. 41. § 2. Dig. eod., wo „marmora" und „columnae" angeführt werden. Von „marmora" ist die Rede in L. 41. § 4. eod.; L. 41. § 9. eod. nennt „marmora", „columnae", „ostia" freilich auch „tigna" und „tegulae". L. 41. §§ 12 u. 13 erwähnt „statuae", „tabulae parietibus adjunctae" und „sigilla".

716) L. 41. § 5. Dig. eod. „Sed si quis ad opus rei publicae faciendum legavit, puto valere legatum: nam et Papinianus libro undecimo responsorum refert imperatorem nostrum et divum Severum constituisse eos, qui rei publicae ad opus promiserint, posse detrahere ex aedibus suis urbanis atque rusticis et id ad opus uti, quia hi quoque non promercii causa id haberent. sed videamus, utrum ei soli civitati legari possit, in cujus territorio est, an et de alia civitate in aliam transferre possit. et puto non esse permittendum, quamquam constitutum sit, ut de domu, quam aliquis habet, ei permittatur in domum alterius civitatis transferre."

717) Vergl. oben S. 39 ff. und S. 333.

718) L. 41. § 12. Dig. eod. „Quid ergo in statuis dicendum? si quidem inhaerent parietibus, non licebit, si vero alias exsistant, dubitari potest: verum mens senatus plenius accipienda est, ut si qua ibi fuerunt perpetua, quasi portio aedium distrahi non possint.“

719) Das ist die herrschende Meinung der Germanisten; vergl. Bluntschli: Deutsches Privatrecht, § 120. Beseler: System des gem. Deutschen Privatrechts, Aufl. 4, S. 810. Gerber: System des Deutschen Privatrechts, § 180. Mittermaier: Grundsätze des gem. Deutschen Privatrechts, B. 2, S. 663. Holzschuher: Civilrecht, B. 1, § 34, S. 330 ff. Huck in d. Ztschr. für Deutsches Recht, B. 5, 309 ff. Weiske: Handbuch des Landwirtschaftsrechts, § 316. Reyscher: Würtemberg. Privatrecht, Aufl. 2, § 229. Wächter: Handbuch des würtemberg. Privatrechts, B. 2, § 41, S. 246 ff.

720) Pertinenz und Erbsonderungsregister, Leipzig, 1805, S. 10. Vergl. ferner über das Vieh S. 384, über Pflüge und sonstiges Ackergerät S. 315, über Pferde S. 309.

721) Vergl. Berger: De jure rerum pertinentium, Viteb. 1687. N. XI. Carpzov P. III. Const. XXIII. Def. XI et XII: „immaßen das Inventarium eines Guthes ein für sich bestehendes Ganzes ausmacht, welches mit dem Guthe in keiner Verbindung stehet.“ Westphal: Rechtliche Abhandlung von denen Pertinenzstücken eines verkauften Hauses, Halle, 1778. Treiber: Dissertatio de Destinatione, Erfurt, 1713, p. 13 seqq. Mich. Henr. Kraut: De jure pertinentiarum, Erfurt, 1675, II: De pertinentiis castri. III: De pertinentiis rei venditae. Beselin: Dissertatio theoriam de pertinentiis sistens, Göttingae, 1782. § 13: divisio pertinentiarum in feudales et allodiales, vergl. ferner § 15: omnis pertinentia in dubio est allodialis. Werner: De probatione pertinentiarum feudalium, Vitembergae, 1741, pag. 7 seqq.

722) Gegen die Pertinenzierung des sog. Gutsinventars hat sich für die Praxis des gemeinen Rechts Funke ausgesprochen, a. a. O. S. 33 ff. Bei Pachtverträgen stellt sich auch das englische und amerikanische Recht auf diesen Standpunkt; vergl. das Material bei Biermann: Superficies solo cedit in Iherings Jahrb., B. 34, S. 254 ff. So auch das Züricher Gesetzbuch, § 476. Vergl. Bluntschli: Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, II, S. 3 ff. Den modernsten Standpunkt zu Gunsten der Pertinenzierung des Inventars vertritt das österreich. Bürgerl. Gesetzb., § 296. Ein Hofdekret vom 7. April 1826, N. 2178 erklärt ferner alles, was zu einem fundus instructus gehört, für „Zugehör“. Cf. Bürgerl. Gesetzb. für das Königreich Sachsen, § 70; die „Zubehörung“ erstreckt sich hiernach auf Vieh, Schiff und Geschirr, soweit es zur Bewirtschaftung des Grundstückes erforderlich ist.

723) Das Allg. Preuſs. Landrecht, Teil 1, Tit. 2, § 88, bestimmt allerdings, daſs Materialien zur Ausbesserung oder Vergrösserung eines Gebäudes Pertinenz desselben werden, soweit sie sich auf dem Bauplatz befinden. Schwerlich aber ist hier die antike Begriffslehre von Einfluſs gewesen. Maſs-

gebend war wohl wie beim deutschen Pertinenzwesen überhaupt die wirtschaftliche Bestimmung. Vergl. Dernburg: Lehrbuch des preufsischen Privatrechts, B. 1, § 62, S. 124.

724) Kohler: Zur Lehre von den Pertinenzen in Iherings Jahrb., B. 26. S. 40. 65.

725) Kohler a. a. O. S. 32. Vergl. Entscheid. des Reichsger., B. 12, S. 157 ff., über die Wirkung der inaedificatio im modernen Recht, wonach nicht einmal Treppen und Fensterrahmen bedingungslos als Bestandteile gelten sollen.

726) Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, § 94, vergl. auch § 95; darüber Crome: System des Deutschen bürgerl. Rechts, B. 1, § 59; über wesentliche Bestandteile Buhl: Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B.G.B., S. 10ff., ferner Endemann: Lehrbuch, B. 1, § 42. Mathiass: Lehrbuch, B. 1, § 37 II. Hellmann: Vorträge über das B.G.B., S. 35 ff.

727) Über die moderne Begriffsbildung auf empirischem Wege, siehe die geistreiche Untersuchung Ostwalds in den Vorlesungen über Naturphilosophie, Leipzig 1902, S. 70ff.

728) Vergl. unsere Bemerkungen oben S. 40.

729) Kohler a. a. O. S. 40.

730) Vergl. § 1120: „Die Hypothek erstreckt sich auf die vom Grundstücke getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, soweit sie nicht mit der Trennung nach den §§ 954—957 in das Eigentum eines andern als des Eigentümers oder des Eigenbesitzers des Grundstückes gelangt sind, sowie auf das Zubehör des Grundstückes mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind.“ In den cit. Paragraphen wird geradezu von der Aneignung und von der verschiedenen Herrschaft über die Bestandteile gesprochen. Dafs in dieser Hinsicht zwischen den universitates rerum und den zusammengesetzten Sachen kein Unterschied besteht, betont auch Girtanner in Iherings Jahrb., B. 3, S. 110ff.

731) Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, § 94: „Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks gehören die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, sowie die Erzeugnisse des Grundstücks, so lange sie mit dem Boden zusammenhängen.“

732) Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes gehören die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen. Ähnlich verhält es sich mit den immeubles par destination im Code civil, art. 522. 524. 525. Allgemeines bei Planiol: Traité élémentaire de droit civil, t. I., p. 319 seqq. Vergl. auch Marcadé: Explication du Code civil, t. II, S. 355, Demolombe: Cours de Code Napoléon, t. IX, N. 279 seqq. Art. 525 in fin lautet: „Quant aux statues, elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir.“ Im Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche

Reich, § 1122, ist von der Trennung der Bestandteile eines Grundstückes innerhalb der Grenzen „einer ordnungsmäfsigen Wirtschaft“ die Rede. Schon Const. Christ. Westphal: Rechtliche Abhandlung von denen Pertinenz-Stücken eines verkauften Hauses, hat eine ähnliche Definition verfochten.

733) Endemann — Einführung in das Studium des Bürgerl. Gesetzbuches, Aufl. 4, Teil 1, § 52, S. 233 — spricht hier von einer „Einheit des Rechts“. Von Bedeutung sei, dafs die Trennung ohne Zerstörung oder Wesensänderung erfolge; ibid. S. 235, Anm. 12. Bürgerl. Gesetzbuch § 890, siehe auch Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preufsens, B. 3, S. 6ff.

734) a. a. O. S. 15 ff., vergl. Buhls Einwände gegen die Bezeichnung „wesentlicher Bestandteil“. — Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B.G.B., S. 11.

735) Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerl. Gesetzbuch, B. 1, S. 276.

736) a. a. O. S. 15.

737) Art. 386 des Swod Sakonow, B. X, Teil 1. Die Texte sind hier wörtlich übersetzt. Das russische Gesetzbuch spricht von „bewohnten Grundstücken“, das ist eine Ausdrucksweise, die noch aus den Zeiten der Leibeigenschaft stammt, man versteht darunter ein Landgut mit ansässiger, höriger Bevölkerung. Der technische Ausdruck für Zubehör ist „prinadleschnostj.“

738) Art. 388 ibid., Peter d. Gr. verfügte in einem Gesetz vom 18. Jan. 1721, dafs mit Bergwerken und Fabriken verbundene Dörfer von diesen nicht mehr getrennt, also auch nicht gesondert verkauft und verpfändet werden dürften. Der Hinweis auf Grundstücke, Waldungen und Wiesen ist ein Rest dieser auch später noch mehrmals wiederholten und bestätigten Bestimmungen. Vergl. Polnoje Sobranie (Vollständige Sammlung aller russischen Gesetze) N. 3711, ebenso Newolin: Istoria rossiskich graschdanskich sakonow (Die Geschichte der russischen Civilgesetze), B. 4 seiner gesammelten Werke, S. 21.

739) Swod Sokonow, B. X, Teil 1, Art. 389. Die hier aufgezählten Beispiele sind wörtlich dem Gesetzbuch entnommen.

740) Das russische Recht braucht den Ausdruck „sapowednoje nasledstwennoje imenie“ in wörtlicher Übersetzung: geschütztes Erbgut.

741) Swod Sokonow, B. X, Teil 1, Art. 391.

742) Art. 387 ibid.

743) „Kudui topór, kossá, plug chodit“. Statt anderer siehe zahlreiche Beispiele bei Nevolin a. a. O. S. 18ff. Genau wie in den deutschen Urkunden werden auch hier überdies noch alle Zehnten, Zölle und Abgaben als Zubehör des Grundstückes aufgezählt.

744) Auch im englischen, namentlich aber im amerikanischen Recht werden Bestandteil und Zubehör nicht voneinander unterschieden. Für

beide Begriffe braucht man den Ausdruck „Fixtures“, siehe Kohler a. a. O. S. 105 ff. Biermann a. a. O. S. 248 ff. Von besonderem Interesse sind die sog. „constructive fixtures“. das sind richtige Begriffsteile, man rechnet dahin die Maschinen einer Fabrik, welche nur aufgestellt, nicht mechanisch mit dem Grundstück befestigt sind; siehe Washburn: Treatise on the American law of real property, ed. 5. v. 1. p. 22. Schouler: A treatise on the law of personal property, ed. 2. v. 1. §§ 113. 114.

745) Siehe oben S. 331. 365 ff.

746) a. a. O. S. 22. cf. Endemann: Einführung, Teil 1, S. 237 ff. Er betont bei Begründung der Pertinenz den Willensakt des Eigentümers, d. h. den animus domini. Crome: System des Deutschen bürgerl. Rechts, B. 1, § 60.

747) Dernburg a. a. O. S. 22. Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerl. Rechts, B. 1, § 41, S. 126. Siehe Biermann a. a. O. über Laurent: t. 5, N. 481; nach ihm sind Schlüssel sogar „immeubles par nature“, freilich seine Motivirung ist mitunter seltsam. Wir würden die Schlüssel zu den immeubles par destination rechnen. Ähnliches bestimmt das englische Recht über die „constructive fixtures“, Williams: Principes of the law of personal property, 1881. S. 13 seqq.

748) Siehe oben S. 333.

749) Siehe oben S. 372.

750) Vergl. die interessanten Entscheidungen englischer und amerikanischer Gerichte bei Kohler a. a. O. S. 170 ff.

751) Entscheid. des Reichsger., B. 3, S. 310 ff.

752) Vergl. statt anderer Dernburg a. a. O. § 232, S. 636 ff.

753) Vergl. Dernburg a. a. O. § 234, S. 640 ff. Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich, §§ 1133 ff.

754) Siehe die cit. Entscheidung, S. 313; es wird die Möglichkeit ins Auge gefafst, dafs die Fortdauer der Pertinenzqualität trotz Entfernung der fraglichen Sachen für den Hypothekengläubiger fingiert werden könnte. Die Sicherheit, welche das B. G. B. hier dem Gläubiger giebt, ist sehr prekär. Er kann sein Recht nur geltend machen, wenn er beweist, dafs der Erwerber die Beschlagnahme kannte oder kennen mufste § 1121, Abs. 2. Ist ein solcher Beweis etwa leicht zu erbringen? Vom Rechtsschutz des Erstehers ist überhaupt nicht die Rede. Sehr unklar bleibt, was man unter dauernder oder vorübergehender Trennung der Pertinenz zu verstehen habe; cf. Buhl: Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B.G.B., S. 14. Die Alten hatten im animus domini ein festes Kriterium.

755) Dernburg a. a. O. § 261, S. 706 bemerkt: „Mängel der Sache mufs, wer in der Zwangsversteigerung erwirbt, in den Kauf nehmen.“ Indessen von Mängeln der Sache kann dort nicht die Rede sein, wo begriffliche Bestandteile fehlen. Man könnte darauf hinweisen, dafs mit dem consilium domini getrennte Bestandteile nicht mehr zur Sache gehören. Das preufs. Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872, § 30 verlangte ganz in diesem Sinne „Veräufserung und räumliche Trennung“. Beides lag in unserem Falle vor,

mithin schien selbst die Bestandteilsqualität als aufgehoben. Indessen dem widerstreitet die Verpfändung des Ganzen, die Eintragung des Immobils unter einer bestimmten, das Wesen der Sache betreffenden Bezeichnung in das Grundbuch und die öffentliche Versteigerung unter derselben Bezeichnung. Übrigens ist die Praxis des Reichsgerichts sonst in Bezug auf mit veräufserten Zubehör recht streng; Entscheid. des Reichsger., B. 19, S. 321 ff. Es ist aber um so wichtiger den Bestandteilsbegriff festzuhalten als z. B. das deutsche Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897, § 42 die Aufnahme eines Verzeichnisses der Zubehörstücke von der Zwangsversteigerung ausschliefst; cf. die Noten von Krech und Fischer ad § cit. Das Pfandrecht ergreift einen Gegenstand mit allen ihm innewohnenden natürlichen und juristischen Eigenschaften. Die Bestandteile eines Immobils bleiben Immobil, das Pfandrecht an ihnen deckt der öffentliche Glaube des Hypothekenbuchs, Gruchot: Beiträge, B. 6, S. 536. 547 ff. Das Pfandrecht mit seinen Folgen erlischt nur im Falle des „physischen oder juristischen Unterganges“ des Bestandteils oder der ganzen Sache d. h. entweder im Falle ihrer Vernichtung oder wenn die vindicatio pignoris zur Unmöglichkeit geworden ist; ibid. S. 544. Bestandteile, welche mit dem Pfandnexus behaftet sind, werden bei der Zwangsversteigerung, trotz ihrer physischen Separation, mit einbegriffen; cf. Gruchot: Beiträge B. 17 (N. F. 2), S. 137 ff. Auch die Forderung des „räumlichen Verhältnisses“, welches § 97 des Bürgerl. Gesetzb. betont, besagt nichts und kann nur zu Mifsverständnissen führen; siehe z. B. Entscheid. des Reichs-Oberhandelsger., B. 10, S. 158 ff., wo die Pertinenzqualität des Inventars von einer Partei daraufhin angefochten wurde, dafs alle Objekte auf einer von mehreren vereinigten Wirtschaftsparzellen untergebracht waren.

756) Vergl. oben Anm. 683.

757) Solche Bestimmungen enthalten die Nürnberger Reformation von 1554, XVI., 6, das Ratzeburger Recht von 1582 (Pufendorf: Observationes IV. Appendix S. 233). Die Frankfurter Reformation von 1578, II., 3, § 19.

758) Entscheid. des Reichsger., B. 39, S. 205 ff. Allg. Landrecht, Teil 1., Tit. 2, § 4. Vergl. auch Biermann: Superficies solo cedit in Iherings Jahrb., B. 34 (N. F. 22), S. 194 ff. Das gleiche soll gelten vom elektrischen Kabel.

759) Siehe auch Gruchot: Beiträge, B. 37, S. 961, wo Gas- und Wasserleitungsanlagen „für derartig wesentlich“ erklärt werden, dafs sie als Substanzteile eines Wohnhauses anzusehen seien. Cf. Biermann a. a. O. S. 194 ff.

760) Diese Bestimmungen finden sich in den Coutumes von Amiens 1507. a. 97. Ähnlich die Coutumes der Touraine a. 227 von Berry t. 4. a. 4. Nivernais t. 26. a. 10. Bourbonnais a. 286. Chalons a. 109. Vermandois a. 102. Vergl. Kohler a. a. O. S. 139 ff.

761) Vergl. besonders Mich. Henr. Kraut: De jure pertinentiarum, Erfurt, 1675, II: de pertinentiis castri.

762) Kraut: a. a. O. § 10: „sicut se habet nebula super palude Solis calore generata."

763) Vergl. darüber oben S. 333ff. und Seuffert: Archiv, B. 36 (N. F. 6), N. 15. Hier wird der Unterschied zwischen dem Teil und der Pertinenz darin gefunden, dafs ersterer mit der Hauptsache ein connexum bilde, während der Zubehör in den Begriff der Hauptsache nicht aufgehe d. h. also doch mit ihr eine universitas darstellt. Sehr gewagt ist die Behauptung, dafs trotz des Pertinenzverhältnisses beide Objekte immer noch selbständig und getrennt bleiben und daher ein gegenseitiges Servitut- oder Dienstbarkeitsverhältnis zwischen ihnen möglich ist. Hier sehen wir zu was für Konstruktionen die alte Pertinenzlehre führen konnte; wie stellt man sich eigentlich ein Servitutrecht, welches die Zubehörung an der Hauptsache hat, vor. Wir würden sagen, so lange der Sachinbegriff besteht, sind selbständige Rechtsverhältnisse der einzelnen vereinigten Objekte unter einander ausgeschlossen.

764) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, B. 3, S. 28. 29. Diese Fassung ist um so unverständlicher, als bereits von älteren Kodifikationen die Sachgesammtheit als ein „Ganzes" oder „einzelnes Ganzes" behandelt wurde; vergl. Allg. Preufs. Landrecht, Teil 1, Tit. 2, § 32. Österr. Bürgerl. Gesetzb. § 302. Bürgerl. Gesetzb. für das Königr. Sachsen, § 62. Über das österreichische Recht vergl. Till in Grünhuts Zeitschrift, B. 12, S. 747 ff. und andere oben Anm. 118 cit. Gleichwohl leugnet Endemann: Einführung in das Studium des Bürgerl. Gesetzbuches, Aufl. 4, Teil 1, § 50, S. 228. 231, die einheitliche Natur des Sachinbegriffes.

765) Vergl. Seuffert: Archiv, B. 45 (N. F. 15), N. 73., B. 40 (N. F. 10), N. 178., B. 7, N. 286., B. 17, N. 207., B. 29, N. 5., B. 43 (N F. 13), N. 93. Ferner Entscheid. des Reichsger., B. 20, S. 203 ff. B. 26, S. 344 ff.

766) Vergl. Seuffert: Archiv, B. 37 (N. F. 7), N. 89, 286., B. 36 (N. F. 6), N. 256., B. 29, N. 6., B. 43 (N. F. 13), N. 258. Dieser Ansicht wird als einem sehr verbreiteten Irrtum widersprochen in Entscheid. des Reichsger., B. 20, S. 203ff. cit. Anm. 765.

767) Vergl. Seuffert: Archiv, B. 22, N. 214. Siehe auch Entscheid. des Reichsger., B. 36, S. 261 ff., wo die Frage aufgeworfen wird, ob die elektrische Beleuchtungsanlage einer Badeanstalt im Sinne des Preufs. Landrechts, Teil 1, Tit. 2, § 4, Substanzteil sei oder nicht. Die Teilqualität mag mit Recht geleugnet werden, dagegen unterliegt es keinem Zweifel, dafs hier ein Sachinbegriff vorliegt; das wird auch durch die Ausführungen des Berufungsrichters bestätigt, wonach die Beleuchtungsanlage mit der Badeanstalt ein einheitliches Ganzes bilde. Wir können hinzufügen, dafs beide, die Badevorrichtung und elektrische Anlage, einer gemeinsamen, dritten Zweckbestimmung dienen. Zwar ist der eine Gegenstand ohne den andern eine vollendete Einheitssache; die Badeeinrichtung könnte auch bei jeder

anderen Beleuchtung funktionieren und andererseits auch die elektrische Anlage selbständig in beliebigen anderen Anstalten verwandt werden. Aber ebenso sicher ist eine den modernen Anforderungen entsprechende Badeanstalt ohne die elektrischen Vorrichtungen ganz undenkbar. Sie könnte niemals denjenigen Zwecken dienen, welche der Verkehr mit ihr verbindet, das Ganze mufs also zu einem Inbegriff verbunden werden. Entscheid. des Reichs-Oberhandelsger., B. 17, S. 349, erkennt die „Hammerteile“, welche zur Erweiterung des Betriebs bestimmt waren und im Augenblick der Subhastation vor der Fabrik lagerten, in ihrer Pertinenzqualität als mitversteigert an. Die Alten hätten darin Bestandteile erblickt, die kraft des „consilium domini“ mit dem Ganzen verbunden sind.

768) Seuffert: Archiv, B. 22, N. 214.

769) Vergl. Entscheid. des Reichsger., B. 2, S. 251 ff. Mit Recht wird hier anerkannt, dafs beim Verkauf einer Fabrik der Immobilienstempel beim ganzen Kaufpreis zu verwenden sei und nicht etwa nur in Bezug auf den Wert des Grundstückes, während in Bezug auf die Maschinen der Mobilienstempel Anwendung fände. In der Begründung werden die Maschinen „Substanzteile“ genannt, da nur durch sie das Fabriketablissement entsprechend seinem Zweck zu verwenden sei. Vergl. Dernburg: Lehrbuch des preufs. Privatrechts, B. 1, § 61, S. 121 und Allg. Landrecht, Teil 1, Tit. 2, § 4: „Alle Teile und Eigenschaften einer Sache, ohne welche dieselbe nicht das sein kann, was sie vorstellen soll, oder wozu sie bestimmt ist, gehören zur Substanz“. Vergl. über den selbständigen Fabrikzweck Entscheid. des Reichsger., B. 20, S. 203 ff. und B. 26, S. 344 ff.; siehe auch Biermann a. a. O. S. 206 ff. Freilich darf man den Inbegriff nicht auf Quantitäten von Fungibilien, z. B. Reihen von Brennholz, ausdehnen — Entscheid. des Reichs-Oberhandelsger., B. 9, S. 112 —, hier fehlt die concrete Begriffsgestaltung.

770) Seuffert: Archiv, B. 29, N. 5. 6, cf. B. 40 (N. F. 10), N. 178.

771) Seuffert: Archiv, B. 47 (N. F. 17), N. 181 und B. 17, N. 207: ein im Wohnhause eingemauerter Destillierapparat dient dem ganz individuellen Gewerbebetrieb des zeitweiligen Besitzers. Vergl. damit Seuffert a. a. O., B. 7, N. 286, wo von einer Brennereieinrichtung die Rede ist, welche in einem alten konzessionierten Brauhause untergebracht war und somit einen wesentlichen Bestandteil des letzteren bildete. Damit erledigt sich auch die Frage, ob Gegenstände, die an sich keinen Sachinbegriff im objektiven Sinn ausmachen, im Interesse eines bestimmten Subjekts eine Gesamtheit ergeben können. Cf. Wächter: Handbuch des würtemberg. Privatrechts, B. 2, § 41, S. 257 ff.; über sog. „gewillkürte Pertinenz“ Entscheid. des Reichsger., B. 30, S. 214 ff.

772) Siehe oben S. 333, Anm. 681. Den gleichen Einflufs haben besondere, auf rechtliche Separierung einzelner Substrate gerichtete Verfügungen, wie z. B. der Vorbehalt des Eigentums an bestimmten im Sachinbegriff befindlichen Gegenständen; cf. Seuffert: Archiv, B. 34 (N. F. 4),

N. 183, ferner B. 42 (N. F. 12), N. 11, jedoch darf ein solcher Vorbehalt nicht dem Wesen und der Bestimmung des Sachinbegriffs widersprechen, cf. Seuffert, a. a. O. B. 31 (N. F. 1), N. 113. Entscheid. des Reichsger., B. 9, S. 169 ff.

773) Entscheid. des Reichsger., B. 41, S. 318 ff., siehe auch Biermann a. a. O. S. 208 ff.

774) Die Praxis redet nicht selten von „Substanzteilen" im Sinne des Allgemeinen Landrechts (Teil 1, Tit. 2, § 4), wo eigentlich Substrate von Sachinbegriffen in Frage kommen; vergl. Entscheid. des Reichsger., B. 26, S. 341 ff. Hiernach wird die Ausstattung einer Schneidemühle (Dampfkessel, Dampfmaschine, Gatter etc.) einfach als Substanzteil des Ganzen bezeichnet, im Gegensatz zur Auffassung der ersten Instanz, welche den Eigentumsvorbehalt an diesen Gegenständen seitens des Verkäufers zuliefs.

775) Siehe namentlich Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preufsens, B. 3, S. 6; Crome: System des Deutschen bürgerl. Rechts, B. 1, S. 274; Buhl: Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B. G. B. S. 14.

776) Die vindicatio universitatis wird jetzt für das deutsche Recht ganz allgemein anerkannt; vergl. Dernburg a. a. O. S. 7.

777) L. L. 6. 7. Dig. ad exhibendum. 10. 4 cit. oben S. 130, Anm. 308. 322; vergl. auch S. 122.

778) a. a. O. S. 6: „Der Sachinbegriff besteht zwar aus körperlichen Sachen, ist aber als solcher keine körperliche Sache." Siehe unsere Ausführungen über § 90 des B. G. B. unten S. 400 ff.

779) Die Motive zum ersten Entwurf, B. 3, S. 29, leugneten noch den Niefsbrauch an der Gesamtheit; für Gegenstände des dinglichen Rechts erklärte man die einzelnen Objekte. Jetzt wird der Niefsbrauch am Inbegriff selbst von niemand mehr bestritten; vergl. Dernburg a. a. O., Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerl. Rechts, B. 1, § 41, S. 127; Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, B. 2, § 43, S. 596.

780) Bürgerl. Gesetzbuch § 1035.

781) ibid. § 1048, Abs. 2.

782) Vergl. Seuffert: Archiv, B. 3, N. 329. Entscheid. des O. A. G. zu Dresden.

783) Statt anderer Dernburg a. a. O. B. 3, § 120, S. 347.

784) Siehe oben S. 64 ff.

785) Dieser Thatbestand liegt der in Anm. 782 cit. Entscheidung zu Grunde.

786) Vergl. Seuffert: Archiv, B. 36 (N. F. 6), N. 127. Hier liegt ein interessanter Fall des pactum reservati dominii an einer verkauften Weinwirtschaft mit Weinlager als universitas vor. Das Eigentum des Verkäufers sollte bis zur Tilgung des Kaufschillings an allen Vorräten bestehen, welche der Käufer zur Ergänzung des Abganges erwerben würde. Ebenso vergl. Seuffert ibid. N. 116, wonach beim Eisern-Viehvertrag der Verpächter un-

mittelbares Eigentum an all' denjenigen Stücken erhält, welche der Pächter zur Ergänzung des Inventars anschafft; die Konstruktion beruht hier auf Eigentumserwerb durch Stellvertretung.

787) Vergl. B.G.B. § 1120.

788) Vergl. Entscheid. des Reichsger., B. 35, S. 250 ff., wo dieser Gedanke klar ausgeführt wird.

789) Vergl. Bornemann: Preufsisches Civilrecht, Aufl. 2, B. 1, S. 256. Aus diesem Grunde reicht ein constitutum possessorium zur Begründung eines getrennten Besitzes an den verschiedenen Substraten nicht hin.

790) Siehe oben S. 122, sowie 348 ff.

791) Auch Dernburg, a. a. O. B. 3, S. 5, Anm. 2, bemerkt: „Was in Beziehung auf eine Hauptsache Zubehör ist, kann in Beziehung auf andere gleichartige Gegenstände einen Inbegriff bilden."

792) Siehe Bürgerl. Gesetzbuch, § 1120. Als argumentum a contrario für unsere Auffassung liefse sich auch § 92, Abs. 1 anführen, wo die Veräufserung eines Gegenstandes aus dem Sachinbegriff als Verbrauch angesehen wird.

793) Vergl. über diese Frage Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, B. 1, S. 128. Es scheint, dafs seine Darstellung unserer Auffassung nicht widerspricht.

794) Vergl. Entscheid. des Reichsger., B. 33, S. 275. Hier wird im Urteil der ersten Instanz ausgeführt, „dafs wenn der Besitzer eines Landgutes zum Betriebe der Wirtschaft notwendiges Inventar anschaffe, nicht angenommen werden könne, er habe die Sache als Eigentum erworben, sondern dafs er sie dem Gute, welchem er sie einbrachte, habe zuschlagen wollen". Das Reichsgericht widerspricht dieser Auffassung insofern, als solche vom Besitzer eingebrachte Stücke „nicht ohne weiteres in das Eigentum des Gutseigentümers übergehen" sollen. Dem ist freilich beizustimmen, aber eine Präsumption spricht dafür, dafs jene eingebrachten Sachen, welche objektiv ihrer Beschaffenheit und ihrem Wesen nach in den Inbegriff hineinpassen, auch das rechtliche Schicksal des letzteren teilen. Gleichwohl kann der Besitzer des Gutes die vom Eigentümer hineingebrachten Sachen vindicieren, falls keine besondere Surrogierungsverpflichtung bestand. Vergl. auch Stobbe: Deutsches Privatrecht, Aufl. 2, B. 1, § 65, S. 546; Unger: System des österr. Privatrechts, B. 1, § 55, S. 443. 445. In Bezug auf den Zubehör bemerkt Kohler: „Die Folge der Pertinenzierung ist nicht Eigentumserwerb des dominus der Hauptsache;" Iherings Jahrb., B. 26, S. 76.

795) Allgemeines Landrecht, Teil 1, Tit. 2, § 1: „Sache überhaupt heifst im Sinne des Gesetzes alles, was der Gegenstand eines Rechtes oder einer Verbindlichkeit sein kann." § 3 ibid.: „Im engeren Sinne wird Sache nur dasjenige genannt, was entweder von Natur, oder durch die Übereinkunft der Menschen, eine Selbständigkeit hat, vermöge deren es der Gegenstand eines dauernden Rechtes sein kann". Vergl. auch Dernburg: Lehrbuch des

preufs. Privatrechts, B. 1, § 60, S. 119. Koch: Allgem. Landrecht, Teil 1, B. 1, S. 110, identifiziert die Sachen im engern Sinn fälschlich mit den „res quae tangi possunt". Gegen den § 90 cit. hat mit anderen Gründen als wir bereits Buhl opponiert: Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B.G.B., S. 7. Aber auch die Lehrer des gemeinen Rechts hielten sich an eine freie Definition, so vor allem Savigny: System, B. 1, S. 338: „Die Sache ist ein räumlich begrenztes Stück der unfreien Natur." Hier wird mit keinem Wort der körperlichen Materie gedacht. Wächter: Handbuch des württemberg. Privatrechts, B. 2, § 36, S. 205, spricht von „materialen Dingen der Aufsenwelt". „Räumliche Grenzen" verlangt Girtanner in Iherings Jahrb., B. 3, S. 74. 95; für das Eigentum wird „Körperlichkeit des Objekts" gefordert. Eine gute, weil allgemein gefafste Definition enthält § 285 des Österreich. Bürgerl. Gesetzb.: „Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt." Weiterhin hat dasselbe Gesetzbuch es sich nicht entgehen lassen, im folgenden auf die res corporales zurückzukommen. Nachdem § 291 den Unterschied zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen hervorgehoben, bestimmt § 292: „Körperliche Sachen sind diejenigen, welche in die Sinne fallen." Damit wäre allerdings auch der Elektricität gedient. Die Litteratur hat dann wieder auf die „räumliche" Begrenzung der Materie Gewicht gelegt; namentlich Burckhard: System des österreich. Privatrechts, B. 2, S. 109. Es ist zweifelhaft, inwiefern die Definition der „Sache" in ein Gesetzbuch gehört. Der Begriff der Dinglichkeit kann sie gut entbehren; vergl. namentlich Oertmann: Der Dinglichkeitsbegriff in Iherings Jahrb., B. 31 (N. F. 19), S. 416ff. Daselbst sehr vollständige Litteraturangaben. Pflüger: Über das Wesen der Dinglichkeit im Archiv für die civ. Praxis, B. 79 (N. F. 29), S. 414ff., beschränkt sich auf die Analyse des Anspruches und leitet den Unterschied zwischen dinglichem und persönlichem Anspruch aus dem Konkursverfahren her. Marcadé — Explication du Code civil, t. II, p. 403 seqq. – unterscheidet unkörperliche und körperliche Sachen; letztere sind „choses matérielles appartenant à la personne". Vergl. über § 90 des Bürgerl. Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich Endemann: Lehrbuch, B. 1, § 50, Anm. 7. Dann namentlich Crome: System des Deutschen bürgerl. Rechts, B. 1, § 58, S. 273.

796) Hier ist insbesondere die schon oft gerügte Entscheidung des Reichsgerichts — R. G. E. in Strafs., B. 17, S. 68 — hervorzuheben. Aber es ist auch nicht zu billigen, wenn andere Entscheidungen die Elektricität, um sie dem Sachenrecht zu unterstellen, für eine körperliche Sache erklären, Entscheid. des Oberlandesger. München vom 15. Jan. 1895, cf. Entscheid. des Reichsger. in Strafs., B. 16, S. 190. An anderer Stelle wird der elektrische Strom als körperliche Sache fingiert: „da er in der Vorstellung als körperliche Sache erscheinen kann", ibid. B. 17, S. 209. Vergl. auch Wengler: Elektricität und Recht im Deutschen Reiche, S. 7ff.; ebenso Budde: Energie und Recht, eine physikalisch-juristische Studie, S. 48ff.

797) Siehe oben S. 43, Anm. 97.

798) Vorlesungen über Naturphilosophie, S. 148.

799) Bemerkungen über die Kräfte der unbelebten Natur.

800) Über die Erhaltung der Kraft.

801) Ostwald a. a. O. S. 152. Hierin liegt gewissermaßsen der Grundgedanke jener interessanten Arbeit.

802) Vergl. darüber namentlich Wengler a. a. O. S. 13ff.

803) Als unser Text bereits gedruckt war, erschien die oben cit. Arbeit Buddes; wir finden dort von anderen Gesichtspunkten aus unsere Auffassung bestätigt.

804) Das ist die Bezeichnung der Quellen, sie mufs als philosophischer Terminus technicus verstanden werden. Man hat neuerdings von einer gedachten Teilung gesprochen — Steinlechner: Das Wesen der juris communio, Abteil. 1, § 21. Das ist keine glückliche Fassung, weil sie den Gedanken an eine Fiktion hervorruft, was übrigens von Steinlechner auch bezweckt wird.

805) Vergl. oben S. 332 und Anm. 678 und 683.

806) L. 5. Dig. de stipulatione servorum. 45. 3. Ulpianus libro quadragensimo octavo ad Sabinum: „Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore."

807) L. 25. § 1. Dig. de verb. sign. 50. 16. Paulus libro vicensimo primo ad edictum: „Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari." Über den Widerspruch des Servius siehe unten S. 442. Auch Savigny — Obligationenrecht, Bd. 1, S. 314 — meint, dafs Realteilung eine Art der Aufhebung der Gemeinschaft, also Vernichtung der bisherigen Teile sei. Partes pro diviso oder divisae heifsen die Sachteile, deren Ausscheidung dazu dient, die Gemeinschaft, also die partes indivisae, zu zerstören.

808) Siehe L. 5. § 15. Dig. commodati 13. 6. Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum: ... „duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere."

809) Dernburg — Pfandrecht, B. 1, S. 431 — meint, die reale Teilung könne dem Gläubiger sogar ein besseres Recht geben. Einen ganz analogen Thatbestand siehe in L. 3. § 2. Dig. qui potiores 20. 4. Etwas anderes ist es freilich, wie dieses Pfandrecht am ideellen Teil realisiert wird und ob hierzu eine reale Teilung der Sache resp. Anstellung der actio communi dividundo erforderlich ist; vergl. die Entscheidungen des preufsischen Obertribunals bei Gruchot: Beiträge, B. 16 (N. F. 1), S. 790ff. und die Kritik darüber von Ritter ibid. Dernburg a. a. O. hält diese Klageberechtigung des socius gegen den Pfandgläubiger für selbstverständlich.

810) L. 5. Dig. de usu fructu. 7. 1. Papinianus libro septimo quaestionum: „Usus fructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui et legitimo tempore similiter amitti . . . potest.“ Vergl. L. 50. Dig. eod., L. 25. Dig. quibus modis usus fruct. vel usus amittitur. 7. 4: „Placet vel certae partis vel pro indiviso usum fructum non utendo amitti.“

811) Statt anderer L. 54. pr. Dig. de verb. obl. 45. 1.

812) Siehe oben S. 119. 120; vergl. aber auch S. 130. 131.

813) Das Wesen der juris communio, namentlich Abteil. 1, § 19, S. 63 ff.

814) a. a. O. S. 85 ff., aber auch S. 80.

815) a. a. O. S. 79 ff.

816) a. a. O. S. 87.

817) a. a. O. S. 96. 97.

818) a. a. O. S. 79 ff. und 85.

819) a. a. O. S. 98 und 99.

820) Krit. Vierteljahrsschrift, B. 19, S. 233. Über Steinlechners Ansicht vergl. a. a. O. S. 102 ff.

821) Hierüber vergl. Göppert: Beiträge zur Lehre vom Miteigentum, S. 64 ff.; ebenso Eisele: Zur Lehre vom Miteigentum im Archiv für die civ. Praxis, B. 63 (N. F. 13).

822) Eck a. a. O. S. 233 und Eisele a. a. O. S. 35. Eisele legt diese Auffassung sogar seiner Theorie von den sog. ideellen Teilen zu Grunde.

823) Mit Vorsicht und mit manchem Vorbehalt hat sich dafür ausgesprochen Regelsberger in Grünhuts Zeitschrift, B. 3, S. 700.

824) Handbuch des württembergischen Privatrechts, B. 2, S. 276. 277. Dasselbe hat er wiederholt im Archiv für die civ. Praxis, B. 27, S. 163: Über Teilung und Teilbarkeit der Sachen und Rechte. Diese Scheinteilung der Sache und wirkliche Teilung des Rechts hat Unger in der Formel verbunden: „im Sprachgebrauch wurzele die Verwechselung der Sache als des Objekts des Rechts mit dem Recht selbst“, cf. System des österr. Privatrechts, B. 1, § 51, Anm. 27. Wächters Anschauung teilt auch Böcking — Pandekten, Aufl. 2, § 75, Anm. 5 — trotz scheinbaren Widerspruchs. Auf diese Übereinstimmung hat bereits Eck hingewiesen: Die doppelseitigen Klagen, S. 93, Anm. 322. Dem klassischen Begriffsrealismus ist übrigens Göppert, ohne die philosophische Kategorie zu kennen, sehr nahe gekommen; er meint, dafs die condomini Eigentum an den Sachquoten haben, deren gemeinschaftliche Verkörperung die res communis ist; Krit. Vierteljahrsschrift, B. 14, S. 549. Die Wächtersche Auffassung hat mit etwas anderen Worten auch Bremer wiederholt — Hypothek und Grundschuld, S. 25 —, bei den intellektuellen Teilen werde das Eigentum, also das Recht, wirklich, die Sache nur scheinbar geteilt. Die ideellen Teile der Sache seien nichts als die Projektion der partes dominii auf die Sache.

825) Diesen älteren Standpunkt hatten vorzugsweise vertreten: Warnkönig: Institutionen, § 163; früher schon in seinen Commentar. juris roman.

pr., 1825, tom. 1, N. 75. 89. Buchholtz: Versuche, 1831, S. 47 ff., auch 56 ff. Aber mit Recht bemerkt dagegen schon Girtanner — Iherings Jahrb., B. 3, S. 241. 242 —, dafs hierbei das Objekt dieses geteilten Rechts fingiert werde: „für ein unzweifelhaft anerkanntes Recht müsse auch ein Objekt nachweisbar sein. Eine Theorie, welche diese Nachweisung nicht zu geben vermag, giebt sich eben damit als eine solche zu erkennen, welche das Wesen des fraglichen Rechts selbst nicht richtig erfafst und zu Grunde gelegt hat."

826) Die Lehre von der Teilung des Wertes der Sache findet sich zuletzt in ihrer ursprünglichen und direkten Fassung im Lehrbuch des Pandektenrechts, Aufl. 3, B. 1, § 140, Anm. 4; später ist sie abgeändert und schliefslich nicht mehr wiederholt worden; vergl. insbesondere Aufl. 8, B. 1, § 142, S. 618, Anm. 10.

827) Aufser Steinlechner a. a. O. siehe von den älteren vor allem Donellus: Comm. jur. civ., XV. 6. § 4. „Rursum si quis quaerat, quae sit utilitas earum partium, quae nusquam sunt? — — Utilitas cernitur in commodis et fructibus rei communis. Haec vero pro iis partibus indivisis, quas fingimus, recte et corporibus inter quosvis dividi possunt. Ipsae vero per se partes indivisae sunt, emolumento divisae; quia dum emolumentum propter partem divisim percipitur, ipsa quodammodo pars in emolumento percipi videtur". Hier wird gleichfalls der Schwerpunkt der Teilung in den Wert der Sache gelegt. Vergl. auch Brinz: Pandekten, Aufl. 1, B. 2, S. 186. Hesse im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft, B. 4, S. 112 ff. Ferner Girtanner in Iherings Jahrb., B. 3, S. 243, der diese Werttheorie für das Eigentum überhaupt vertritt, da es das Recht an der Bestimmung der Sache, d. h. an ihrem Werte sei. Vergl. Roth: Bair. Civilrecht, Aufl. 2, B. 2, § 137, S. 134 ff. Auch Scheurl — Weitere Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten, S. 1 — erklärt Windscheid folgen zu wollen, wenigstens meint er, dafs die Hauptergebnisse seiner Untersuchung sachlich mit den Anschauungen von Windscheid, Brinz und Steinlechner zusammentreffen. Wie weit das wirklich bei ihm durchgeführt ist, darüber vergl. Merkel in der Krit. Vierteljahrsschrift, B. 9, S. 1 ff. und Scheurl selbst a. a. O. S. 24 ff. Eine gewisse Sympathie für die Theorie von der Wertteilung läfst Regelsberger erkennen in Grünhuts Zeitschrift, B. 3, S. 700. Vergl. auch Kohler: Substanzrecht und Wertrecht im Archiv für die civ. Praxis, B. 91, S. 183 ff.

828) Pfandrechtsbegriff, S. 33. Der Wert sei das ideelle Verhältnis zwischen einem Sachindividuum einerseits und dem Bedürfnis, Geschmack, Vermögen vieler Menschen andererseits.

829) Sehr gut bemerkt Eck — Krit. Vierteljahrsschrift, B. 19, S. 232 — „Immer wird die Teilung des Wertes nicht anders zu denken sein, als im Gefolge einer voraufgegangenen Zersetzung des Rechts auf den ganzen Wert in mehrere Rechte auf die Wertteile."

830) So vor allem Eck: Die doppelseitigen Klagen, S. 93ff. und Krit. Vierteljahrsschrift, B. 19, S. 228ff. Ferner Rudorff zu Puchtas Pandekten, § 37, Anm. b. Göppert: Beiträge zur Lehre vom Miteigentum, S. 15ff., über Concurrenz der Teile; ebenso auch Krit. Vierteljahrsschrift, B. 14, S. 549.

831) Die Lehre von der Subjektsteilung hat besonders vertreten Barth: Grundbegriff der rechtlichen Teilung, 1850, S. 10—27. Aber auch Eisele: — Zur Lehre vom Miteigentum im Archiv für die civ. Praxis, B. 63, S. 30ff. — hat das ganze Verhältnis des Condominiums auf die Subjektsseite gestellt und ist dadurch der oben dargestellten Ansicht nahe gekommen, wenngleich er sich wieder gegen die Auffassung der Miteigentümer als eines „idealen Subjekts" verwahrt, S. 71. Vergl. auch Baron: Gesamtrechtsverhältnisse, S. 77.

832) a. a. O. S. 32.

833) Trotz aller Einwände können wir diese Theorie als die heute noch herrschende bezeichnen. Jedenfalls hat sie, freilich in abweichenden Fassungen und mit verschiedenartigen Begründungen, die meisten Vertreter aufzuweisen. Dahin gehören Böcking: Pandekten, Aufl. 2, B. 1, § 75. Kierulff: Theorie des gem. Civilrechts, § 13. Auf Seite 325 bezeichnet er den Inhalt des Rechts geradezu als Rechtsobjekt. Sintenis: Das gemeine Civilrecht, B. 1, § 41, Anm. 81. Unger: System des österr. Privatrechts, B. 1, § 67, S. 607ff., siehe namentlich sein Urteil über die Teilbarkeit der Rechte. Bremer: Hypothek und Grundschuld, S. 26. Ubbelohde: Die Lehre von den unteilbaren Obligationen, S. 3ff. Arndts: Lehrbuch der Pandekten, § 53, Anm. 5. Eck: Die doppelseitigen Klagen, S. 93 und Krit. Vierteljahrsschrift, B. 19, S. 233ff. v. Seeler: Die Lehre vom Miteigentum, S. 64ff. 157ff. Göppert: Krit. Vierteljahrsschrift, B. 14, S. 549, vergl. aber auch seine Beiträge zur Lehre vom Miteigentum, S. 50ff. Merkel in der Krit. Vierteljahrsschrift, B. 9, S. 3ff. Zrodlowski: Römisches Privatrecht, B. 2, S. 188ff. Wendt: Pandekten, § 116 und Faustrecht, S. 118. Randa: Das Eigentumsrecht, § 9, S. 211ff. Im Sinne dieser Theorie sagt auch Dernburg: Das Teilrecht eines jeden Miteigentümers habe eine in sich abgeschlossene eigene Existenz — Pfandrecht, B. 1, S. 430, Anm. 4. Ferner Randa: Der Besitz nach österr. Recht, § 16. Sehr bestimmt auch Endemann: Einführung in das Studium des Bürgerl. Gesetzb., Aufl. 4, B. 2, § 70, S. 271; auch die von Endemann für das Deutsche Bürgerl. Gesetzb. gezogenen Folgerungen entsprechen den unsrigen.

834) Die Accrescenztheorie hat sehr zahlreiche Vertreter aus den verschiedensten Lagern gefunden. Zu ihren Anhängern gehört vor allen Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Aufl. 8, B. 1, § 169[a], Anm. 5. Dann ferner Böcking: Pandekten, B. 2, § 139. Girtanner in Iherings Jahrb., B. 3, S. 262. Pagenstecher: Die Lehre vom Eigentum, I, S. 28. Steinlechner: Das Wesen der juris communio, Abteil. 2, S. 37ff. Czyhlarz in Glücks Commentar, Buch 41 u. 42, Teil I, S. 130ff., besonders 139.

Kohler in der Zeitschrift für franz. Civilrecht, B. 8, S. 188, und in Iherings Jahrb., B. 18, S. 377 ff. Eisele im Archiv für die civ. Praxis, B. 63 (N. F. 13), S. 42 ff. Ihering in seinen Jahrb., B. 10, S. 262 ff., sowie Abhandlungen aus dem röm. Recht, S. 9. Rümelin: Zur Lehre von der Teilung der Rechte in Iherings Jahrb., B. 28 (N. F. 16), S. 404 ff. Ubbelohde im Göttingischen gelehrten Anzeiger, 1883, S. 784 ff. Dagegen sind aufgetreten Göppert: Beiträge zur Lehre vom Miteigentum, S. 49 ff. Eck: Die sog. doppelseitigen Klagen, S. 95 ff. Dernburg: Pfandrecht, B. 1, S. 430, Anm. 4 und namentlich v. Seeler: Die Lehre vom Miteigentum, S. 64 ff.

835) Eisele a. a. O. S. 43 hat textkritische Versuche angestellt, indem er Gewicht darauf legt, dafs Modestinus nicht den Ausdruck „dereliquerit", sondern „reliquerit" gebraucht habe. Der Jurist wollte damit zeigen, dafs er jedenfalls die Vorstellung von der Herrenlosigkeit des fraglichen Teiles zu vermeiden wünschte. An das Wort dereliquerit habe sich schon zu seiner Zeit jene Vorstellung gar zu leicht angeschlossen. Uns scheint, dafs mit dem Worte reliquerit diesem Übelstande gar nicht abgeholfen wird, und wenn Modestinus nicht an die Dereliktion dachte, hätte er sich überhaupt ganz anders ausdrücken müssen; Eiseles Unterscheidung ist zu fein. Vergl. auch Böcking: Pandekten, B. 2, § 139. Pagenstecher: Die röm. Lehre vom Eigentum, I, S. 28 ff.

836) Vergl. hierüber namentlich Eck: Die doppelseitigen Klagen, S. 95 ff. Diese Ausführungen sind scharfsinnig beleuchtet und mit neuen Gründen gestützt durch v. Seeler: Die Lehre vom Miteigentum, S. 65 ff. Die Stelle, von welcher hier die Rede ist, lautet: Ulpiani fragmenta. I. 18: „Communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque adcrescit socio; maxime si eo modo manumiserit, quo, si proprium haberet, civem Romanum facturus esset. nam si inter amicos eum manumiserit, plerisque placet, eum nihil egisse." Vergl. Pauli sententiae. IV. 12. § 1 und § 4. Inst. de donationibus. II. 7. Über den Unterschied zwischen den Wirkungen der formellen und formlosen Freilassung, welcher hier gemacht wird, vergl. Steinlechner: Das Wesen der juris communio, Abteil. 2, S. 68 ff. Für uns ist diese Frage bedeutungslos.

837) Eck a. a. O. S. 95 und Göppert a. a. O. S. 48 ff. Wie vorsichtig die Alten im allgemeinen mit der Accrescenz verfuhren, wie wenig sie geneigt waren sie in zweifelhaften Fällen zu präsumieren, das zeigt uns unter anderem L. 20. Dig. de leg. 2. Celsus libro nono decimo digestorum: „Et Proculo placebat et a patre sic accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adcrescere: non enim conjunctim, sed partes legatas: nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet." Dem Sklaven zweier Miteigentümer ist ein Legat hinterlassen, mit welchem einer der beiden Genossen sich nicht zu befassen wünscht. Wenn irgendwo, so waren sicher hier die Wirkungen

der Accrescenz angezeigt, denn was lag wohl näher, als dafs der andere socius das Vermächtnis in vollem Umfange durch die Vermittelung seines Sklaven erwerbe? Könnte man nicht sogar einen Willen beim Erblasser voraussetzen, welcher durch die Einsetzung des Sklaven bewies, dafs er die Interessen der indirekt Bedachten nicht so scharf zu trennen wünschte? Trotzdem wird anders entschieden; das Miteigentum am Sklaven bewirkt, dafs jedes ihm hinterlassene Legat eigentlich zwei Vermächtnisse repräsentiert, welche als Erwerb der an ihm bestehenden ideellen Teile angesehen und dementsprechend realisiert werden.

838) Cod. de servo communi manumisso. 7. 7. Imp. Justinianus A. Julio p. p. Zum Schlufs l. 1. § 7 heifst es: „Jus enim adcrescendi, quod antiqua jura in communibus servis manumittendis introducebant, nullius esse momenti nec in posterum frequentari penitus concedimus.“

839) Für eine solche Verallgemeinerung plädiert besonders Eisele a. a. O. S. 45.

840) Vergl. die gründlichen Ausführungen v. Seelers a. a. O. S. 71ff., dort ist auch das Quellenmaterial vollständig gesammelt.

841) Gajus: Inst. III. 167. Vergl. auch L. 20. Dig. de leg. 2 cit. Anm. 837.

842) Gajus: Inst. III. 167., L. 1. § 7. Dig. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2. Paulus libro quinquagensimo quarto ad edictum: „Per communem sicut per proprium adquirimus, etiam singuli in solidum, si hoc agat servus, ut uni adquirat, sicut in dominio adquirendo.“ Vergl. Salkowski: Sklavenerwerb, S. 95.

843) L. 17. Dig. de stip. servorum. 45. 3.

844) L. 8. Dig. de stip. servorum. 45. 3. Die allgemeine Regel lautet L. 12. Dig. de auctor. et cons. tutor. 26. 8.... „Marcellus notat: nam quodcumque ad omnes dominos non potest pertinere, id pro solido ad eum, qui adquiri potest, pertinere veteres comprobaverunt.“

845) Das räumen sogar die Anhänger dieser Theorie rückhaltlos ein; vergl. namentlich Steinlechner: Das Wesen der juris communio, Abteil. 2, S. 51.

846) L. 1. Cod. comm. utr. jud. 3. 38. Vergl. L. 18. pr. Dig. de contr. empt. 18. 1.

847) L. 7. § 13. Dig. comm. div. 10. 3.

848) L. 77. § 18. Dig. de leg. 2: „cum permutatio rerum discernens communionem intervenit.“ L. 20. § 3. Dig. fam. erc. 10. 2: „quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint.“

849) LL. 2. 3. Cod. de comm. rer. alien. 4. 52 spricht von einer „venditio soliditatis“. Vergl. L. 2. Cod. comm. utr. jud. 3. 38; auch L. 15. Cod. fam. erc. 3. 36., L. 7. Cod. 3. 38. In L. 25. § 8. Dig. fam. erc. 10. 2 heifst es ... „partem fundi emero et traditus mihi fuerit.“

850) Vergl. statt anderer Göppert: Beiträge zur Lehre vom Miteigentum, S. 52, sowie Eck: Die doppelseitigen Klagen, S. 96.

851) L. 7. § 4. Dig. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. 20. 6 cit. S. 407. Vergl. darüber auch Dernburg: Pfandrecht, B. 1, S. 429ff. Von den früheren Böcking: Pandekten, B. 2, § 139.

852) Vergl. die in Anm. 810 cit. Fragmente. Statt anderer v. Seeler a. a. O. S. 99ff.

853) Dafür sprechen die Worte des Gajus: Inst. IV. 53: „Si quis intentione plus conplexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit ... § 53[a]. Plus autem quattuor modis petitur: re, tempore, loco, causa. re veluti ... si is cujus ex parte res est, totam eam aut majore ex parte suam esse intenderit." Vergl. insbesondere Dernburg: Pfandrecht, B. 1, S. 457. Er erblickt die wesentliche Bedeutung der vindicatio gregis in der Ermöglichung einer Klage ohne die Gefahr der plus petitio. Siehe auch Göppert: Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, S. 104ff. Es ist klar, dafs die Teilvindikation, sobald das Verhältnis richtig angesagt ist, weit weniger Gefahren der plus petitio birgt, als die Bezeichnung der einzelnen Körper. Aufserdem giebt es noch Fälle von Teilvindikationen, wo nicht einmal das Teilverhältnis angegeben zu werden braucht, so wenn bei Auskehrung eines Legats ungewifs ist, ob und in welchem Umfang die quarta Falcidia berechnet wird; L. 76. § 1. Dig. de rei vind. 6. 1., L. 8. § 1. Dig. com. divid. 10. 3. Diese vindicatio incertae partis kam auch sonst noch zur Anwendung, wo die Bestimmung der Proportion dem gerichtlichen Verfahren anheimgestellt werden mufste, so z. B. bei der Vermischung von Getreide verschiedener Eigentümer, L. 5. pr. Dig. de rei vind. 6. 1 cit. auf Seite 105 „quantum paret in illo acervo suum cujusque esse." Vergl. auch L. 3. § 2. Dig. eod.

854) L. 6. Dig. de rei vind. 6. 1. Paulus libro sexto ad edictum: „Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam an partem et quotam petat." Von der prinzipiellen Gleichstellung der Einheitssache mit dem ideellen Teil in der Vindikationsformel ist in L. 76. pr. Dig. de rei vind. 6. 1 die Rede; Gajus libro septimo ad edictum provinciale: „Quae de tota re vindicanda dicta sunt, eadem et de parte intellegenda sunt, officioque judicis continetur pro modo partis ea quoque restitui jubere, quae simul cum ipsa parte restitui debent." Der Kläger hat hier den Teil genau zu präcisieren. L. 73. pr. Dig. eod.

855) Sowohl vom extraneus als auch vom Miteigentümer als möglichem Beklagten spricht L. 8. Dig. de rei vind. 6. 1. Vergl. auch L. 3. § 2., L. 5. § 1. in fin., L. 76. § 1. Dig. eod., L. 8. § 1. Dig. com. div. 10. 3.

856) L. 3. § 2 und L. 4. Dig. de rei vind. 6. 1 cit. S. 86, ebenso L. 8. § 1. Dig. com. div. 10. 3: „communi dividundo agi potest aut incertae partis vindicatio datur."

857) a. a. O. S. 55. Im Gegensatz hierzu hat Dernburg: Lehrbuch des preufs. Privatrechts, B. 1, § 222, S. 509, Anm. 2, mit Nachdruck darauf hingewiesen, dafs Miteigentum und Alleineigentum nicht qualitativ verschieden, vielmehr begrifflich identisch seien.

858) Diese Anschauung hat besonders Windscheid vertreten; siehe Lehrbuch des Pandektenrechts, Aufl. 8, B. 1, § 169[a], S. 773, Anm. 5, nach ihm auch Eisele im Archiv für die civ. Praxis, B. 63 (N. F. 13), S. 46. Die fragliche Stelle lautet: L. 40. § 4. Dig. de damno infecto. 39. 2. Ulpianus libro quadragensimo tertio ad Sabinum: „Si plures domini sint aedium, qui damni infecti sibi prospicere volunt, nec quisquam eis damni infecti caveat, mittendi omnes in possessionem erunt et quidem aequalibus partibus, quamvis diversas portiones dominii habuerint: et ita Pomponius scribit."

859) Es ist hier natürlich von der sog. missio ex secundo decreto die Rede. Man hat diese Bestimmung mit der noxae deditio verglichen. Wir beobachten in der That in beiden Fällen die gleiche Wirkung: L. 7. § 1. Dig. de damno infecto. 39. 2. Ulpianus libro quinquagensimo tertio ad edictum: „cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non deberent onerare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae extent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare." Ueber die Bedeutung der cautio im Verhältnis zur Immission vergl. Lenel: Edictum perpetuum, S. 42 u. 299.

860) L. 5. § 1. Dig. damno infecto. 39. 2 cit. S. 431: „Si plures sint domini . . . qui caveie sibi desiderant, et alius pretiosores, alius viliores habeat aedes, sive unius domus plures habeant dispares partes."

861) Diesen Standpunkt hat für das römische Recht namentlich Eisele vertreten im Archiv für die civ. Praxis, B. 63 (N. F. 13), S. 66 ff. Auch Dernburg: Lehrbuch des preuſs. Privatrechts, B. 1, § 222, S. 509, meint, daſs Miteigentum durch Konkurrenz entstehe. Den Römern habe diese Weise der Sachbeherrschung nur als Ausnahmezustand gegolten, welcher möglichst bald in das ausschlieſsliche Individualeigentum auszulaufen habe.

862) Das Recht des Besitzes, Aufl. 7, § 11, S. 171. Vergl. namentlich Wolff: Der Mitbesitz nach dem B.G.B. in Iherings Jahrb., B. 44, S. 151 ff.

863) Mit dieser Einschränkung hat Steinlechners Darstellung groſse Vorzüge; siehe namentlich a. a. O. Abteil. 2, S. 12 ff., und auch Abteil. 1, S. 96 und 136. Bruns in der Krit. Vierteljahrsschrift, B. 20, S. 521 ff.: „Das äuſsere Gewaltverhältnis zur Sache, das sog. corpus possidendi, kann als solches nicht auf einen ideellen, also äuſserlich nicht existierenden Teil beschränkt sein"; Randa: Besitz, S. 504; vergl. Wolff a. a. O. S. 157 ff. und seine Einwände gegen Endemann: Lehrbuch, B. 2, S. 165, wonach der Mitbesitzer eine thatsächliche Gewalt überhaupt nur in Gemeinschaft mit anderen habe.

864) So ist vor allem zu verstehen L. 3. § 5. Dig. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2 cit. S. 65.

865) Anderer Meinung ist Steinlechner a. a. O. Abteil. 1, S. 138; seinem Vergleich mit der par potestas der römischen Magistrate können wir nicht beistimmen.

866) Der Sinn von § 9. Inst. de rer. div. II. 1 ist etwas enger, man hat die Benutzung eines gemeinsamen Begräbnisplatzes im Auge; vergl. v. Seelers Einwände gegen Eisele — a. a. O. S. 7ff. Wir stimmen dem bei, finden aber den besondern Sinn von L. 6. § 6 cit. im Schlufssatz: „Trebatius autem et Labeo etc.", den Eisele in seiner Besprechung fortgelassen hat.

867) Siehe hier namentlich Miescher: Die Besitzinterdikte unter Mitbesitzern, Strohal in Iherings Jahrb., B. 31, S. 23; v. Seeler a. a. O. S. 12ff.; ferner Wolff a. a. O. S. 168ff. 181ff. Im Text hatten wir den Besitzschutz nach aufsen im Auge. Der Besitzschutz der Mitbesitzer gegen einander wird durch die Grenzen des zuständigen Gebrauchs bestimmt, oder durch eine generelle Einigung über die Verteilung der Besitzvorteile, Wolff a. a. O. S. 179. Aber es ist Krüger — Grünhuts Zeitschrift, B. 28, S. 238 — beizustimmen, dafs in der Überschreitung des Gebrauchsrechts unter allen Umständen eine Besitzstörung liegt. Mafsgebend ist hier auch die zweite, obligatorische Seite des Miteigentums, cf. Anm. 868.

868) Den Dualismus des dinglichen Rechts und der obligatorischen Verbindlichkeit behandelt namentlich v. Seeler a. a. O.; vergl. dazu Krueger a. a. O. und Oertmann im Archiv für bürgerl. Recht, B. 13, S. 117. 118.

869) De partibus animal. I. 1, p. 640. b. 17. *εἰ δ' ἔστιν ὁ ἄνθρωπος καὶ τὰ ζῷα φύσει καὶ τὰ μόρια αὐτῶν, λεκτέον ἂν περὶ σαρκὸς εἴη καὶ ὀστοῦ καὶ αἵματος καὶ τῶν ὁμοιομερῶν ἁπάντων. ὁμοίως δὲ καὶ τῶν ἀνομοιομερῶν, οἷον προσώπου, χειρός, ποδός...* Ebenso De historia animal. I. 1. p. 486. a. 5.

870) Meteorologie IV. 10, p. 388. a. 13. *λέγω δ' ὁμοιομερῆ τά τε μεταλλευόμενα, οἷον χρυσόν, χαλκόν, ἄργυρον, καττίτερον, σίδηρον, λίθον καὶ τἆλλα τὰ τοιαῦτα, καὶ ὅσα ἐκ τούτων γίγνεται ἐκκρινόμενα, καὶ τὰ ἐν τοῖς ζῴοις καὶ φυτοῖς, οἷον σάρκες, ὀστᾶ, νεῦρον, δέρμα, σπλάγχνον, τρίχες, ἶνες, φλέβες, ἐξ ὧν ἤδη συνέστηκε τὰ ἀνομοιομερῆ, οἷον πρόσωπον, χείρ, πούς καὶ τἆλλα τὰ τοιαῦτα, καὶ ἐν φυτοῖς ξύλον, φλοιός, φύλλον, ῥίζα, καὶ ὅσα τοιαῦτα.* Ferner De partibus animal. II. 1, p. 646. a. 20.

871) De historia animal. I. 1, p. 486. a. 5. *Τῶν ἐν τοῖς ζῴοις μορίων τὰ μέν ἐστιν ἀσύνθετα, ὅσα διαιρεῖται εἰς ὁμοιομερῆ, οἷον σάρκες εἰς σάρκας, τὰ δὲ σύνθετα, ὅσα εἰς ἀνομοιομερῆ, οἷον ἡ χεὶρ οὐκ εἰς χεῖρας διαιρεῖται οὐδὲ τὸ πρόσωπον εἰς πρόσωπα.*

872) Historia plantarum, ed. Wimmer, cap. I. 1. *αὐτὸ γὰρ τοῦτο πρῶτον οὐχ ἱκανῶς ἀφώρισται τὰ ποῖα δεῖ μέρη καὶ μὴ μέρη καλεῖν, ἀλλ' ἔχει τινὰ ἀπορίαν. τὸ μὲν οὖν μέρος ἅτε ἐκ τῆς ἰδίας φύσεως ὂν ἀεὶ δοκεῖ διαμένειν ἢ ἁπλῶς ἢ ὅταν γένηται, καθάπερ ἐν τοῖς ζῴοις τὰ ὕστερον γενησόμενα, πλὴν εἴ τι διὰ νόσον ἢ γῆρας ἢ πήρωσιν ἀποβάλλεται.*

873) Vergl. L. 26. § 2. Dig. de leg. 1. Hier ist von Sachen die Rede „quae naturaliter indivisae sunt".

874) L. 36. Dig. de serv. praed. urb. 8. 2., L. 83. Dig. pro socio. 17. 2 cit. auf S. 151. L. 8. Dig. de rei vind. 6. 1; vergl. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Aufl. 8, B. 1, § 142, Anm. 4 u. 5.

875) Vergl. L. 2. § 1, L. 54. pr., L. 85. § 1, L. 117. Dig. de verb. obl. 45. 1; siehe auch L. 72. Dig. eod., L. 9. § 1, L. 29. Dig. de solutionibus. 46. 3.

876) Vergl. L. 7. pr. Dig. de exceptione rei jud. 44. 2.

877) Hinreichend Beweise hierfür bietet die Accessionslehre; vergl. auch L. 13. § 2. Dig. de acceptilatione. 46. 4. Ulpianus libro quinquagensimo ad Sabinum: „Illud certum est eum, qui fundum stipulatus usum fructum vel viam accepto facit, in ea esse causa, ut acceptilatio non valeat: qui enim accepto facit, vel totum vel partem ejus, quod stipulatus est, debet accepto facere, hae autem partes non sunt, non magis quam si quis domum stipulatus accepto ferat cementa vel fenestras vel parietem vel diaetam." Vergl. damit L. 7. pr. in fin. Dig. 44. 2, ebenso L. 36. Dig. de evictionibus. 21. 2 cit. Anm. 327. In L. 13. § 2. Dig. cit. wird mit Bestimmtheit der Gedanke ausgesprochen, dafs die Hingabe von Bestandteilen keine Erfüllung ist, weil sie mit der vereinbarten Leistung der Hauptsache nicht wesensgleich sind.

878) L. 25. § 1. Dig. de verb. sign. 50. 16 cit. Anm. 807; vergl. auch oben S. 406.

879) Vergl. Göppert: Über die organischen Erzeugnisse, S. 15.

880) Diese Tendenz findet sich namentlich in den Arbeiten von Petrażycki: Die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten, 1892 und die Lehre vom Einkommen, 1893, 2 Bde. Ihm haben sich in manchen Fragen angeschlossen: vor allem Dernburg in seinen Pandekten, B. 1, § 78; ferner Schey: Über den redlichen und unredlichen Besitzer in der Festschrift für Jos. Unger, S. 415 ff. Reichel: Der Begriff der Frucht im römischen Recht und im deutschen B. G. B. in Iherings Jahrb., B. 42, S. 205 ff.

881) Vergl. namentlich Pernice: Parerga X. 1998. Riccobono: Distinzione delle impensae im Archivio giuridico, v. 58, p. 64 seqq.

882) Siehe darüber namentlich Petrażycki: Die Lehre vom Einkommen, B. 1, S. 67 ff. 254 ff.

883) Petrażycki a. a. O. B. 1, S. 12.

884) Der philosophische Einflufs in dieser Frage ist schon wiederholt bemerkt oder doch vermutet worden; vergl. namentlich Vollenhoven: De exigua vi, quam philosophia graeca habet in efformanda jurisprud. romana, Arnstadt, 1854, p. 93 seqq. Heimbach: Die Lehre von der Frucht, S. 15 ff.

885) Meteorologie IV. 4, p. 382. a. 6. *καὶ ἐν γῇ καὶ ἐν ὕδατι ζῷα μόνον ἐστίν, ἐν ἀέρι δὲ καὶ πυρὶ οὐκ ἔστιν, ὅτι τῶν σωμάτων ὕλη ταῦτα.*

886) Vergl. oben S. 148 ff.

887) Historia plantarum III. 1. De causis plantarum I. 1.

888) Siehe Theophrast: De causis plantarum I. 1. Vergl. auch Aristoteles: De partibus animal. II. 5, p. 651. a. 29; II. 7, p. 652. b. 22; IV. 5, p. 679. a. 20. b. 34; IV. 10, p. 686. b. 33; IV. 12, p. 694. a. 23.

889) De partibus animalium IV. 4, p. 681. a. 12. *ἡ γὰρ φύσις μεταβαίνει συνεχῶς ἀπὸ τῶν ἀψύχων εἰς τὰ ζῷα διὰ τῶν ζώντων μὲν οὐκ ὄντων δὲ ζῴων, οὕτως ὥστε δοκεῖν πάμπαν μικρὸν διαφέρειν θατέρου θάτερον τῷ σύνεγγυς ἀλλήλοις.*

890) ibid. IV. 5, p. 681. a. 15.

891) ibid. IV. 5, p. 681. a. 35.

892) ibid. IV. 5, p. 681. a. 8, vergl. auch IV. 6, p. 682. b. 28; IV. 7, p. 683. b. 18; IV. 10, p. 686. b. 33, wo von der engen Verwandtschaft zwischen den Pflanzen und niederen Lebewesen die Rede ist.

893) Vergl. oben S. 245 und Anm. 526. 527.

894) Historia plantarum I. 1. *ἀεὶ γὰρ ἐπίφυσιν λαμβάνει τὰ δένδρα κατ' ἐνιαυτὸν ὁμοίως ἔν τε τοῖς ἄνω καὶ ἐν τοῖς περὶ τὰς ῥίζας· ὥστε εἰ μέν τις ταῦτα θήσει μέρη τό τε πλῆθος ἀόριστον ἔσται καὶ οὐδέποτε τὸ αὐτὸ τῶν μορίων· εἰ δ' αὖ μὴ μέρη, συμβήσεται, δι' ὧν τέλεια γίνεται καὶ φαίνεται ταῦτα μὴ εἶναι μέρη· βλαστάνοντα γὰρ καὶ θάλλοντα καὶ καρπὸν ἔχοντα πάντα καλλίω καὶ τελειότερα καὶ δοκεῖ καὶ ἔστιν. αἱ μὲν οὖν ἀπορίαι σχεδόν εἰσιν αὗται. — — εἰ δὲ τῇ ὥρᾳ ὄψει τό γε κάλλιστον οὐδὲν σημεῖον, ἐπεὶ καὶ τῶν ζώων εὐθενεῖ τὰ κύοντα.*

895) ibid. *τάχα δὲ οὐχ ὁμοίως ἅπαντα ζητητέον οὔτε ἐν τοῖς ἄλλοις οὔθ' ὅσα πρὸς τὴν γένεσιν, αὐτά τε τὰ γεννώμενα μέρη θετέον οἷον τοὺς καρπούς. ουδὲ γὰρ τὰ ἔμβρυα τῶν ζώων.*

896) L. 27. § 25. Dig. ad legem Aquiliam. 9. 2. Ulpianus libro octavo decimo ad edictum: „Si olivam inmaturam decerpserit vel segetem desecuerit inmaturam vel vineas crudas, Aquilia tenebitur: quod si jam maturas, cessat Aquilia: nulla enim injuria est, cum tibi etiam impensas donaverit, quae in collectionem hujusmodi fructuum impenduntur.“ Ähnliches bestimmt L. 58 (57). Dig. de furtis. 47. 2. Alfenus libro quarto digestorum a Paulo epitomatorum: „Si cretae fodiundae causa specum quis fecisset et cretam abstulisset, fur est, non quia fodisset, sed quia abstulisset.“ Vergl. auch L. 39. pr. Dig. ad legem Aquiliam. 9. 2. Ebenso haftet nach der lex Aquilia, wer unbefugt fremde Bäume mit der Wurzel ausreiſst; er verletzt damit die Substanz des Grundstückes. L. 7. § 2. Dig. arborum furtim caesarum. 47. 7. — — „Aquilia tenetur, quasi ruperit.“

897) Plutarch: De plac. phil. 5. 15, ferner *ὥσπερ γὰρ τοὺς καρποὺς μέρη τῶν φυτῶν ὄντας πεπαινομένους ἀποῤῥεῖν, οὕτω καὶ τὸ ἔμβρυον.*

898) Plutarch: De Stoicorum repugnant., c. 41. *τὸ βρέφος ἐν τῇ γαστρὶ φύσει τρέφεσθαι νομίζει (Χρύσιππος) καθάπερ φυτόν.*

899) L. 9. § 1. Dig. ad leg. Falcidiam. 35. 2., L. 14. pr. Cod. de fideicomm. libert. 7. 4. Vergl. auch oben S. 148 ff.

900) Vergl. Göppert a. a. O. S. 24 ff. Czyhlarz a. a. O. S. 624 ff. Petrażycki: Die Lehre vom Einkommen, B. 1, S. 88 ff. Dernburg: Pandekten, B. 1, § 78, Anm. 5. Windscheid — Lehrbuch des Pandektenrechts, Aufl. 8, B. 1, § 144, Anm. 8 — erblickt darin eine Umschreibung für den Gedanken, dafs jenes „Grundstück fortfährt solche Sachen zu gewähren". Reichel in Iherings Jahrb., B. 42, S. 221. Ribbentrop: Begriff der Frucht, 1899, S. 22 ff.

901) Göppert a. a. O. S. 14. 15.

902) XX. Ann. Report of Un. St. Geological Survey, vol. VI, 1899, p. 291. Vergl. über Marmor- und Travertinablagerungen in Kleinasien die populäre Schrift von Kannenberg: Kleinasiens Naturschätze, S. 200 ff.

903) Siehe darüber namentlich Beck: Lehre von den Erzlagerstätten, 1901, S. 112 ff. Man hält allgemein die Gewinnung des Eisens aus Flüssen für das älteste Verfahren, vergl. Zippe: Geschichte der Metalle, 1857, S. 123 ff.

904) Siehe namentlich Phillips: Ore deposits, ed. 2, p. 114 seqq. Wernadski: Vorlesungen über deskriptive Mineralogie (Lekzii opissatelnoi mineralogii), 1899, Teil 1, S. 82 ff. Der Eindruck einer periodischen Ergänzung kann sehr leicht gewonnen werden durch die regelmäfsige Verwitterung goldführender Felsen und Gesteine und das Fortschwemmen dieser Trümmer und Stücke durch reifsende Gebirgswässer. Bei diesem sog. sekundären Vorkommen des Goldes in Flüssen ist eine Erneuerung fast die Regel, besonders wenn die Gewässer auf goldreichen Gebirgen entspringen oder durch solche Gebiete strömen; vergl. auch Zippe a. a. O. S. 31 ff.

905) L. 25. § 1. Dig. de usur. et fruct. 22. 1 cit. Anm. 393.

906) Vergl. unten S. 483 ff.

907) De historia plantarum. I. 1. Ebenso auch Varro: De lingua latina, ed. Spengel, V, § 104: „Fructus, a ferundo, res eae quas fundus, et ea quae in fundo ferunt ut fruamur. hinc declinatae Fruges et Frumentum, sed ea e terra." Noch bestimmter Isidor: Orig. XVII 6: „Fructus proprie dicuntur agrorum et arborum, quibus utimur: in animalibus vero abusive et translative vocamus fructum."

908) Arg. cf. l. 12. § 2. Dig. de usu et habitat. 7. 8. Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum: „Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum dumtaxat Labeo ait, sed neque lana neque agnis neque lacte usurum: haec enim magis in fructu esse." Vergl. § 4. Inst. de usu et habit. II. 5. Anderer Meinung ist Reichel a. a. O. S. 214, im Widerspruch auch zu Unger: System des österr. Privatrechts, B. 1, § 56, S. 461, Anm. 4. Den citierten Stellen wird Reichel aber nicht gerecht. Es handelt sich nicht um die physische Unmöglichkeit den Dünger zu Gunsten des Eigentümers einzusammeln, sondern die Herde oder das Vieh soll den Acker des Usuars düngen, darin besteht der Usus, d. h. derjenige Nutzen, welchen das Objekt gewähren soll. Das sagt sehr klar l. 12. § 2. Dig. cit. und in etwas schwächerer Fassung § 4.

Inst. cit. Was bliebe sonst dem Usuar? Etwa nur das Recht mit der Herde spazieren zu gehen oder sie auf seinen Wiesen zu weiden? In l. 8. pr. Dig. de instruct. vel instrum. leg. 33. 7., auf welche sich Reichel stützen will, heifst es, dafs der Viehbestand, insofern er zur Bearbeitung und Meliorierung des Gutes erforderlich ist, zum Instrumentum gehört: — „boves domiti, et pecora stercorandi causa parata.“ Von der Fruchterzeugung ist hier gar nicht die Rede.

909) Siehe Heimbach a. a. O. S. 11 ff., dem schliefst sich Reichel an, a. a. O. S. 215; vergl. auch oben S. 452 ff.

910) Sehr interessant ist namentlich L. 43. Dig. de evictionibus 21. 2. Hier wird die Erd- und Pflanzenfrucht sogar als vorbildlich hingestellt; Julianus libro quinquagesimo octavo digestorum: „nam quod dicimus vitulum fructum esse vaccae, non jus, sed corpus demonstramus, sicuti praediorum frumenta et vinum fructum recte dicimus,“ . . . Ebenso L. 10. § 3. Dig. de jure dotium. 23. 3., l. 48. § 2. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Paulus libro septimo ad Plautium: „Et ovium fetus in fructu sunt etc.“ L. 48. § 6. Dig. de furtis. 47. 2. Ulpianus libro quadragensimo secundo ad Sabinum: „ex . . . equis nati . . . in fructu numerantur.“ Vergl. auch L 25. § 20. Dig. de hered. pet. 5. 3., l. 28. pr. Dig. de usur. et fruct. 22. 1., l. 4. § 19. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3., § 37. Inst. de rer. div. II. 1. Aber trotzdem ist von einer besonderen Erwerbsart des Eigentumes nach jus gentium von allen Früchten nur in Bezug auf das Tierjunge die Rede. — L. 2. L. 6. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1., § 19. Inst. de rer. div. II. 1.

911) L. 30. Dig. quibus modis usus fruct. vel. usus amittitur. 7. 4. Gajus libro septimo ad edictum provinciale: „Caro et corium mortui pecoris in fructu non est, quia mortuo eo usus fructus extinguitur.“

912) In Bezug auf die Herde heifst es l. 70. § 2. Dig. de usu fructu. 7. 1. „unde Gajus Cassius libro octavo scribit carnem fetus demortui ad fructuarium pertinere.“

913) Hierüber vergl. namentlich Petrażycki: Die Lehre vom Einkommen, B. 1, S. 78 ff.; dort findet sich auch reichhaltiges Quellenmaterial über die Frage, wann Fossilien und Bäume fructus sind und wann nicht.

914) Siehe oben §§ 16—18.

915) Das Recht des Besitzes, Aufl. 7, § 22ª, S. 276 ff.

916) In Glücks Commentar, Buch 41 u. 42, Teil I, S. 389 ff.; ähnlich mit einer allgemeinen Begründung auch Benscher: Eigentumserwerb an Früchten. Erlanger Dissert., S. 24 ff.

917) Die Lehre vom Eigentum, S. 179 ff. „Für den Eigentümer ist die Perceptio fructuum keine eigene Erwerbsart“; ähnlich in aller Kürze Unterholzner im Archiv für die civ. Praxis, B. 8, S. 310.

918) Die Lehre vom Eigentum, II, S. 95 ff.

919) Lehrbuch der Pandekten, Aufl. 8, B. 1, § 186, S. 846 ff.

920) a. a. O. S. 43 ff.

921) Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers, S. 36 ff. Die verschiedenen Wirkungen des civilen und bonitarischen Eigentums, welche Janke vertritt, haben in der Fruchtlehre schwerlich einen historischen Boden.

922) a. a. O. S. 242 ff.

923) Lehrbuch der Pandekten, Aufl. 7, B. 1, § 326, S. 618, Anm. 1.

924) Pandekten, B. 1, § 205, S. 484.

925) De historia plantarum I. 1.

926) Vergl. die Erklärung von Czyhlarz a. a. O. S. 400 ff., welche unserer Darstellung nicht gerade widerspricht. Cf. auch Göppert a. a. O. S. 195 ff.; seine Bedenken erregt die Stelle hauptsächlich, weil sie jenes mystische Band zwischen der Hauptsache und der separierten Frucht zerreifst.

927) Siehe namentlich L. 48. § 5. Dig. de furtis. 47. 2. Ulpianus libro quadragensimo secundo ad Sabinum: „Ancilla si subripiatur praegnas vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur sive apud bonae fidei possessorem: sed in hoc posteriore casu furti actio cessat. sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum, quod in partu." Vergl. ferner L. 11. § 2. Dig. de Publiciana in rem act. 6. 2. Ulpianus libro sexto decimo ad edictum: „Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo qui emit possessus non est. sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est. § 3. Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Julianus ait, si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem. § 4. Idem Julianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam: ex omnibus igitur causis Publicianam habebo." Ebenso L. 4. § 18. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3. Paulus libro quinquagensimo quarto ad edictum: „Si antequam pariat, alienam esse rescierit emptor, diximus non posse eum usucapere: quod si nescierit, posse. quod si, cum jam usucaperet, cognoverit alienam esse, initium usucapionis intueri debemus, sicut in emptis rebus placuit." L. 4. § 17. eod., also gleichfalls von Paulus, widerspricht nur scheinbar, da hier nicht gesagt ist, ob der Empfänger jener gestohlenen Sklavin in gutem oder bösem Glauben war: „Sed et si, ut servum meum manumitterem, alius mihi furtivam ancillam dederit eaque apud me conceperit et pepererit, usu me non capturum. idemque fore etiam, si quis eam ancillam mecum permutasset aut in solutum dedisset, item si donasset." Göppert a. a. O. S. 208 meint, es handle sich hier um das Citat einer fremden Meinung seitens des Paulus. Auch das ist möglich. Jedenfalls ist der Inhalt des Fragments ein unvollkommener und daher schwerlich als Antinomie zu bezeichnen. Vergl. ferner L. 33. pr. Dig. eod. tit., LL. 9. 10. Dig. pro emptore. 41. 4., L. 3. Cod. de usucap.

pro emptore 7. 26. Dasselbe bestätigt L. 4. pr. Dig. pro suo. 41. 10. Pomponius libro trigensimo secundo ad Sabinum: „Si ancillam furtivam emisti fide bona ex ea natum et apud te conceptum est ita possedisti, ut intra constitutum usucapioni tempus cognosceres matrem ejus furtivam esse, Trebatius omni modo, quod ita possessum esset, usucaptum esse.“ Soweit herrscht volle Übereinstimmung mit allen citierten Fragmenten, denn das beim gutgläubigen Käufer concipierte und geborene Sklavenkind ist ein für allemal keine res furtiva; aber Pomponius fährt fort: „ego sic puto distinguendum, ut, si nescieris intra statutum tempus, cujus id mancipium esset, aut si scieris neque potueris certiorem dominum facere, aut si potueris quoque et feceris certiorem, usucaperes: sin vero, cum scires et posses, non feceris certiorem, contra esse: tum enim clam possedisse videberis, neque idem et pro suo et clam possidere potest.“ Diese Korrektur betrifft indessen nicht das objektive Moment der Furtivität, sondern das mehr subjektive der vitiosa possessio. Vergl. über das Verhältnis der Furtivität zur bona fides und justa possessio Pernice: Labeo, Aufl. 2, B. 2, S. 337 ff., ferner S. 351 ff., S. 405 ff. und namentlich 433 ff. Nicht von der Furtivität, sondern von der bona fides und der mala fides superveniens ist die Rede in L. 44. § 2. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3. Die Furtivität als vitium rei wird der bona fides gegenübergestellt in L. 48. § 1. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. bonae fidei possessor „qui non potest capere propter rei vitium fructus suos facit“. Die Furtivität des beim Diebe oder seinem Erben concipierten partus ist anerkannt in L. 26. Dig. de statu hominum. 1. 5. Julianus libro sexagensimo nono digestorum: „praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur.“ Ferner L. 4. § 15. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3., L. 12. pr. Cod. de furtis. 6. 2.

928) Die Streitfrage behandelt L. 10. § 2. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3. Ulpianus libro sexto decimo ad edictum: „Scaevola libro undecimo quaestionum scribit Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit vel apud furis heredem pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum juvencum non posse: sic, inquit, quemadmodum nec ancillae partus. Scaevola autem scribit se putare usucapere posse et partum: nec enim esse partum rei furtivae partem. ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisset, usucapi poterat.“ Über diese Stelle vergl. auch Czyhlarz a. a. O. S. 403 ff.

929) Das betont auch Schirmer: Grundidee der Usucapion, S. 129. Auch Savigny — Recht des Besitzes, Aufl. 7, § 22a, S. 280, Anm. 1 — meint, dafs die Streitigkeiten der Juristen über den partus ancillae „auf ganz speziellen Gründen“ beruhen.

930) Siehe L. 61. (60.) Dig. de furtis. 47. 2. Africanus libro septimo quaestionum: „Ancilla fugitiva quemadmodum sui furtum facere intellegitur, ita partum quoque contrectando furtivum facit.“ Im Gegensatz zu Göppert

a. a. O. S. 199, Anm. 16, sind wir der Meinung, dafs unter partus hier nicht ein schon geborenes Kind zu verstehen ist, sondern im gewöhnlichen Sinn die Leibesfrucht; so auch die deutsche Ausgabe des Corpus juris von Otto, Schilling und Sintenis.

931) S. 199 ff.

932) a. a. O. S. 217. 218.

933) Über den Einflufs der Schenkung auf die beiderseitige Vermögenssubstanz L. 5. §§ 13. 16. 18. Dig. de donationibus inter vir. et uxor. 24. 1.

934) L. 14. Dig. eod. tit. Paulus libro septuagesimo primo ad edictum: „Quod si vir uxori, cujus aedes incendio consumptae sunt, ad refectionem earum pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, in quantum aedificii extructio postulat."

935) Siehe L. 17. pr. Dig. eod. tit. Von der Arbeit des Beschenkten ist die Rede in L. 45. Dig. de usur. et fruct. 22. 1. Pomponius libro vicesimo secundo ad Quintum Mucium: „Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit vel ex silva caedit, non fit ejus, sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto ejus is fructus nascitur." Diese lex verhält sich zu den allgemeinen Bestimmungen der L. 15. § 1. und LL. 16. 17. pr. dergestalt, dafs sich hier die Schenkung des substantiellen Zuwachses allmählich Bahn bricht; am nächsten lag natürlich der Gedanke, solche Zuwendungen dann anzuerkennen, wenn der Beschenkte selbst den Zuwachs bewirkt hatte.

936) L. 15. § 1. LL. 16. 17. pr. Dig. eod. tit.

937) Von der unentgeltlichen Benutzung von Sklaven, Kleidungsstücken und Wohnungen ist die Rede in L. 18. Dig. eod. tit. Das sind gültige Zuwendungen.

938) Den unbefriedigenden Charakter der Litteratur über diese Frage hebt namentlich Windscheid hervor: Über das Recht des redlichen Besitzers an den Früchten in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozefs, B. 4, S. 56. Eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten von Savigny an findet sich bei Petražycki: Die Fruchtverteilung, S. 129 ff.; siehe ferner Czyhlarz a. a. O. S. 470; Unterholzner im Archiv für die civ. Praxis, B. 8, S. 311, Anm. 3 und Benscher a. a. O. S. 34 ff. Viel zu wenig beachtet hat man die Darstellung von Heimbach a. a. O. S. 211—269. Unrichtig ist freilich seine prozessuale Konstruktion, wonach der judex in der Kondemnation die Früchte der Sache nur als Teile derselben habe berücksichtigen dürfen; siehe dagegen Windscheid a. a. O. S. 64. 65. Ebensowenig konnte bisher dasjenige überzeugen, was Heimbach S. 248 ff. über die Teilqualität der fructus, sowie über die Verfügungen des Besitzers cum animo domini sagt, da ihm und seinen Kritikern die philosophischen Kategorien der Alten nicht bekannt waren. Seine Darstellung dieses animus erweckt überdies manche Zweifel.

939) Vergl. namentlich Pernice: Labeo, Aufl. 2, B. 2, S. 347 ff. Die analoge Verantwortung des mit der hereditatis petitio Belangten bedarf keiner besonderen Darstellung. Von Bedeutung ist hier nur der Umstand, dafs es sich um die Erstattung einer Gesamtheit handelt. Damit hängt zusammen, dafs an die Stelle der fructus exstantes die sog. Bereicherung gesetzt wird.

940) Vergl. Nikonoff: Die Lehre von der Sequestration, Berlin, 1894; über Sequestration der Früchte, S. 28 ff.

941) Das behauptet Pellat: De la propriété, p. 306 seqq. Dazu Thomsen i. d. Verhandl. d. 17. Deutschen Juristentages, I, S. 288 ff.; anders Eck, ibid., II, S. 35 ff. und Mayer i. d. Verhandl. d. 16. D. Juristentages I, S. 217 ff. Cf. Alibrandi: Teoria del possesso secondo il diritto Romano, p. 126 seqq., 134 seqq.; Kremlew: Bonae fidei possessor fructus suos facit. Ein scharfsinniger, aber lückenhafter Indicienbeweis bei Czyhlarz a. a. O. S. 525 und 571 ff.; gegen ihn namentlich Petrażycki: Die Fruchtverteilung, S. 146 ff. Zwar können wir der historischen Deduktion Petrażyckis nicht beistimmen, seine Gedanken treffen aber trotzdem oft das Wesen der Sache und sind de lege ferenda sehr beachtenswert. Gegen das Quellenmäfsige seiner Ausführungen vergl. Pernice a. a. O. S. 358. Soweit das römische Recht in Frage kommt, stimmt Petrażycki bei Schey a. a. O. S. 450 ff. Savigny — Recht des Besitzes, Aufl. 7, § 22[a], S. 277 ff. — stellt den bonae fidei possessor dem Eigentümer hinsichtlich des Fruchterwerbs gleich. Wir fügen hinzu, dafs die in beiden Fällen gleichmäfsig wirkende Potenz der animus domini ist. Ähnlich Unterholzner im Archiv für die civ. Praxis, doch hat er viel zu stark den Vergleich mit dem Sklavenerwerb betont, welcher späterhin die Theorie auf Abwege führte. Waldeck — Das Fruchtrecht des gutgläubigen Besitzers im Archiv für die civ. Praxis, B. 57 (N. F. 7), S. 318 ff. — konstruiert eine obligatorische Verbindlichkeit des bonae fidei possessor zur Herausgabe der fructus exstantes; sehr richtig weist Waldeck auf den animus domini des Besitzers hin; ibid., S. 323.

942) Quellenzeugnisse finden sich in § 35. Inst. de rer. div. II. 1., L. 4. § 1. Dig. fin. reg. 10. 1., L. 1. § 2. L. 16. § 4. Dig. de pignoribus 20. 1., L. 25. § 1. Dig. de usur. et fruct. 22. 1., L. 40. L. 48. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1., L. 41. § 1. Dig. de re jud. 42. 1. Giebt es eine selbständige Vindikation der fructus exstantes? cf. Waldeck a. a. O. S. 337 und Windscheid a. a. O. S. 122. Anders Petrażycki: Die Fruchtverteilung, S. 93 ff.; er leugnet aber überhaupt die dingliche Klage auf Erstattung der fructus exstantes, es kämen hier nur personales praestationes in Frage, weil der Beklagte ein für allemal Eigentümer sämtlicher Früchte geworden sei, S. 88. Das ist unserer Beweisführung diametral entgegengesetzt. Vergl. über die vindicatio ejus quod exstat Heimbach a. a. O. S. 236 ff. mit vollständigem Quellenmaterial.

943) Petrażycki a. a. O. S. 202 ff.

944) Auf diese Lücke weist hin Petrażycki a. a. O. S. 244.

945) So auch Petražycki a. a. O. S. 96 ff.

946) Der Ausdruck findet sich in § 35. Inst. de rer. div. II. 1., L. 40. § 1. Dig. de hered. pet. 5. 3., L. 4. § 2. Dig. fin. reg. 10. 1., L. 25. § 2. Dig. de usur. et fruct. 22. 1., L. 40. L. 48. pr. §§ 1. 2. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1., L. 4. § 19. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3. Vergl. darüber auch Windscheid a. a. O. S. 83 ff.; ferner über fructus consumpti S. 97 ff. Das ist weiter ausgeführt worden von Petražycki: Die Fruchtverteilung, S. 96 ff., S. 111 ff.

947) § 35. Inst. de rer. div. II. 1: „de fructibus ab eo consumptis (sc. dominus) agere non potest".

948) L. 25. § 1. Dig. de usur. et fruct. 22. 1.

949) L. 28. pr. Dig. de usur. et fruct. 22. 1., L. 48. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1., L. 4. § 19. Dig. de usurp. et usucap. 41. 3. Hierzu Ferrini: Appunti sulla dottrina della specificazione im Bulletino dell' istituto di diritto romano, 1889, p. 241 seqq. L. 48. § 6. Dig. de furtis. 47. 2; vergl. Unterholzner a. a. O., S. 315 ff. L. 13. Dig. quibus modis usus fruct. vel usus amittitur. 7. 4: „mox quam a solo separati sint."

950) L. 48. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1; das „interim" weist natürlich nicht auf revokables Eigentum hin.

951) § 35. Inst. de rer. div. II. 1., L. 25. pr. §§ 1. 2. Dig. de usur. et fruct. 22. 1., L. 48. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1; namentlich aber L. 78. Dig. de rei vind. 6. 1; hier wird der Gedanke entwickelt, dafs die Perception nicht gerade Verarbeitung oder Umgestaltung der Sache erfordere; es genüge die Separation, durch welche sie mit dem consilium oder animus domini zur selbständigen Sache gemacht wird.

952) Über den malae fidei possessor und praedo vergl. Madai in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozefs, B. 11, S. 1 ff.; daselbst auch über das Verhältnis der rei vindicatio zur hereditatis petitio, S. 12 ff. Von der Haftung des malae fidei possessor handeln § 2. Inst. de offic. jud. IV. 17., L. 4. § 2. Dig. fin. reg. 10. 1., L. 22. § 2. Dig. de pigneraticia act. 13. 7., L. 17. L. 22. Cod. de rei vind. 3. 32., L. 3. Cod. de condict. ex lege 4. 9., L. 16. Cod. de praediis vel aliis reb. minor. 5. 71., L. 4. § 2. Cod. de crimine expil. hered. 9. 32. Die selbständige Funktion der condictio hat zur Folge, dafs jeder praedo oder malae fidei possessor als solcher persönlich haftet. Deshalb schadet mala fides superveniens; singula momenta spectamus sagen die Quellen — L. 23. § 1. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1. Aber eben aus diesem Grunde ist es sicher, dafs die mala fides superveniens keine rückwirkende Kraft haben kann, denn der Beklagte war, vordem er Kenntnis von der Unrechtmäfsigkeit seines Besitzes erhielt, kein praedo, worauf konnte sich eine condictio stützen? Für die rückwirkende Kraft haben sich namentlich Köppen: Der Fruchterwerb des bonae fidei possessor in der Festschrift für Wächter und Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozefs, B. 18, S. 213 ff. ausgesprochen.

953) Über die „cura et cultura“ vergl. namentlich Petrażycki a. a. O. S. 204 ff. Daselbst auch das ganze Quellenmaterial.

954) Die Fruchtverteilung, S. 243 ff.

955) Code civil, art. 549. Der Ausdruck ist römisch: „il fait les fruits siens.“ Vergl. Marcadé: Explication du Code civil, t. II, p. 452 seqq. Der Code bezeichnet nicht näher den Moment des Erwerbes; daher verlangt die französische Praxis eine „perception“ der Früchte seitens des gutgläubigen Besitzers; vergl. statt anderer Dalloz: Les Codes annotés — Code civil ad art. 549, Not. 1 seqq., Not. 25. So fafste anfangs auch Suarez den § 198, Teil 1, Tit. 7 des Allg. Landrechts auf; Simon u. v. Strampff: Materialien des A. L. Rs. zu den Lehren vom Gewahrsam u. Besitz u. v. d. Verjährung, S. 303. Dieser Standpunkt kommt unseren Forderungen nahe, denn was der Besitzer bis zur litis contestatio corpore et animo separierte, gilt als konsumiert. Jedenfalls ist diese Entscheidung dem österreichischen, sächsischen und deutschen B.G.B. vorzuziehen, welche blofse mechanische Trennung verlangen.

956) Österreichisches Bürgerl. Gesetzbuch, § 330; ebenso auch sächsisches Bürgerl. Gesetzbuch, § 244.

957) Vergl. die Bestimmung des natürlichen Fruchtbegriffes in § 99 des B.G.B.: „Früchte einer Sache sind die Erzeugnisse der Sache und die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäfs gewonnen wird.“ Im allgemeinen ist dieses das römische Substanzialprinzip; cf. Reichel a. a. O. S. 265 ff. Solange sie mit der Sache verbunden sind, gelten die Früchte als wesentliche Bestandteile, Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, B. 2, § 204, S. 132. Der Separation mifst er die gleiche Bedeutung bei, wie wir oben im Text, § 30. Ebenso Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preufsens, B. 3, § 5, S. 16; Enneccerus und Lehmann: Das bürgerliche Recht, B. 1, § 50, S. 117; Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerl. Gesetzbuch B. 1, S. 280 ff., betont mehr die wirtschaftliche Seite. Die Notwendigkeit eines objektiven Fruchtbegriffes hebt Crome hervor — System des Deutschen bürgerlichen Rechts, B. 1, § 69; siehe auch Leonhard: Der allgemeine Teil des B.G.B., S. 169 ff. Sehr scharfe Kritik üben Hölder: Kommentar ad § 99, Anm. 2, und namentlich Reichel a. a. O. S. 305 ff.; mit Recht, denn das Substanzialprinzip ist im B.G.B. nicht klar und abgeschlossen dargestellt. Der § 99 ist ein Flickwerk von allen möglichen begonnenen und nicht zu Ende gedachten Prinzipien. Auch die Stellung des gutgläubigen Eigenbesitzers zu den fructus exstantes hat aufser von Petrażycki noch scharfe Kritik erfahren durch Reichel a. a. O., ferner mit Vorsicht von Dernburg a. a. O. § 119, S. 344 ff., und wie es scheint, auch von Cosack a. a. O. § 212, S. 164.

958) Verteidigt hat den Standpunkt des B.G.B. eigentlich nur Schey a. a. O. S. 441 ff. und namentlich 449 ff. Er begründet seine Auffassung mit einem Hinweis auf die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse; was dem landwirtschaftlichen Kleinbetrieb der römischen Zeit entsprach, passe nicht